

LE
“ PERICULUM REI VENDITÆ ”
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(*Ès-Sciences Juridiques*)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

le Samedi 7 Juillet 1923, à 15 h. 30

PAR

Mihailo KONSTANTINOVITCH

JURY DE LA THÈSE

Président : M. P. HUVELIN, PROFESSEUR

Assesseurs { M. CH. APPLETON, PROFESSEUR HONORAIRE.
 { M. E. LAMBERT, PROFESSEUR.



LYON

Imprimerie BOSC Frères & RIOU

45, Quai Gailleton, 45

Téléphone 63-56

—
1923

THESE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

- APPLETON (Charles), *, ☼ I, professeur honoraire.
- GARRAUD (René), *, ☼ I, ✕, professeur honoraire, correspondant de l'Institut.
- BOUVIER-BANGILLON, *, ☼ I, professeur honoraire.
- JOSSERAND, *, ☼ I, doyen, professeur de Droit civil.
- PIC (Paul), *, O, ☼ I, professeur de Droit international public.
- APPLETON (Jean), *, ☼, ☼ I, professeur de Droit administratif.
- LAMBERT, *, A., professeur de Droit comparé.
- BOUVIER, ☼ I, professeur de Science financière et de Législation française des finances.
- LAMEIRE, ☼ I, professeur d'Histoire de Droit public et de Droit administratif.
- HUVELIN, *, ☼ I, professeur de Droit romain, assesseur du doyen.
- LÉVY, *, ☼ I, professeur de Droit civil.
- GONNARD, ☼, ☼ I, professeur d'Economie politique.
- PICARD, ☼ A., professeur de Droit civil.
- ANTONELLI, *, ☼, ☼ I, professeur d'Histoire des doctrines économiques.
- PERROUD, ☼, ☼ I, professeur de Procédure civile.
- COHENDY (Georges), ☼ A., professeur de Droit commercial général.
- GARRAUD (Pierre), ☼, professeur de Droit criminel.
- LEFÈVRE, ✕, professeur d'Histoire du Droit.
- BECQ, ☼ I, secrétaire.

LE
‘ PERICULUM REI VENDITÆ ’
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Ès-Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

le Samedi 7 Juillet 1923, à 15 h. 30

PAR

Mihailo KONSTANTINOVITCH

JURY DE LA THÈSE

Président : M. P. HUVELIN, PROFESSEUR

Assesseurs { M. CH. APPLETON, PROFESSEUR HONORAIRE.
 { M. E. LAMBERT, PROFESSEUR.



LYON

Imprimerie BOSC Frères & RIOU

45, Quai Gailleton, 45

Téléphone 63-56

1923

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE
ET DE MA SCEUR DESSA



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE
" PERICULUM REI VENDITAE "
EN DROIT ROMAIN

INTRODUCTION (*)

Une vente pure et simple, portant sur un corps certain, est conclue : Primus s'est obligé à livrer à Secundus l'esclave Stichus, moyennant 100 sesterces. Avant la livraison Stichus meurt.

La question à laquelle ce fait donne naissance dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur est la suivante : l'objet vendu ayant disparu à la suite d'un cas fortuit, survenu entre le moment de la conclusion du contrat et la tradition, laquelle des deux parties supportera les conséquences de ce fait dommageable : sera-ce le vendeur, qui perdra son esclave et le droit au prix stipulé par le contrat, ou bien l'acheteur, qui n'obtiendra pas l'esclave promis, mais devra quand même payer le prix ?

* La présente thèse représente les résultats des recherches auxquelles nous nous sommes livrés. à la suite d'un article de M. Haymann, paru dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Bd. 41. Par suite de circonstances imprévues, nous nous sommes vus obligés de terminer notre travail trop tôt, et de laisser ainsi subsister beaucoup d'imperfections et d'inégalités. Nous prions le lecteur de nous en excuser. Le président Favre disait, de ses travaux : *sunt bona, sunt quaedam mediocra, sunt mala plura*. Qu'on ne nous tienne pas rigueur si notre travail mérite seulement ces deux derniers qualificatifs.

Cette question des risques est diversement résolue par les législations modernes : les unes font supporter les risques par l'acheteur, les autres par le vendeur (1) ; quelle était la solution en droit romain ?

Cette question des risques, dans le contrat de vente en droit romain a eu une singulière fortune : pendant des siècles elle a été une matière à controverse et, ce qui est le plus étonnant, c'est que la lutte s'engageait aussi bien sur le principe que sur de nombreux points de détail. Une somme énorme de sens critique et d'ingéniosité a été déployée pour faire triompher les thèses opposées. De nos jours, la lutte est loin d'être finie et l'accord d'être réalisé.

Si on parcourt les textes de la compilation qui s'occupent de la question (2), il semble bien que sa solution ne peut donner lieu à aucun doute : les textes disent explicitement que les risques sont pour l'acheteur dès la conclusion du contrat et avant toute tradition.

Toutefois, quelques textes, la l. 33 Dig. 19, 2, ainsi que les ll. 13 et 15 Dig. 18, 6, consacrent non moins explicitement la règle contraire : ils disent que jusqu'à la tradition les risques restent à la charge du vendeur. C'est en se basant sur ces textes que Cujas a soutenu le *periculum venditoris* en droit romain (3). Mais il a été obligé de se rendre devant la clarté des

(1) Sur ce point, voir Anau, *Del rischio et pericolo nella compra-vendita*, in *Archivio Giuridico*, Vol. XXV (1880), p. 132 sq.

(2) Le siège de la matière se trouve dans le livre 18, titre 6 du Digeste, livre 4, titre 48 du Code, et au paragraphe 3, titre 23, livre 3 des Institutes.

(3) *Tractatus ad Africanum VIII, Opera*, T. I (Neapoli 1578), col. 1480.

autres textes, et de reconnaître, dans ses écrits ultérieurs, que les risques sont pour l'acheteur (1).

En invoquant la même l. 33 Dig. 19, 2, Gustav Hartmann (2) a essayé d'établir une distinction entre les *casus juris* et les *casus facti*: la règle *periculum est emptoris* ne s'appliquerait qu'aux cas de perte physique; les cas de perte juridique seraient à la charge du vendeur (3).

Cette théorie a eu du succès en Allemagne, mais elle a été définitivement réfutée par Manenti (4).

D'autres auteurs ont essayé aussi de limiter la portée du principe *periculum est emptoris*. Ainsi Schulz (5) croit que ce principe ne s'applique qu'aux *casus majores*, par opposition aux *casus minores* qui seraient à la charge du vendeur. Sa théorie est, d'après ses propres termes, une *media sententia* entre la théorie dominante et la théorie du *periculum venditoris*.

Mais les textes ne distinguent pas ces deux sortes de *casus*; ils mettent plutôt tous les accidents qui peuvent arriver à la chose vendue, à la charge d'une même personne.

(1) V. plus loin p. 68 sq. De la théorie de Cujas, il faut rapprocher celle de Puntchart, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts*, 1885, avec cette différence que, pour Puntchart, le fait que le vendeur a été prêt à effectuer la tradition (*Erfüllungsbereitschaft*) équivaut à la tradition et fait passer les risques à l'acheteur.

(2) *Juristischer Casus*, in *Jahrb. f. d. Dogm.* Bd. 22, p. 417 sq.

(3) A peu près dans le même sens, et bien avant Hartmann, Fulgosius, rapporté par Barclajus in Otto, *Thesaurus*, III, col. 839; Favre, *Conjecturæ*, lib. II, cap. IV, p. 28. V. plus loin, p. 137 sq.

(4) *Il caso giuridico*, in *Studi Senesi*, vol. 4 (1887).

(5) *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1912, p. 45, n. 43.

Jhering (1) croit que le principe *periculum est emptoris* n'entre en jeu qu'au cas où la perte de la chose vendue cause un dommage au vendeur, ce qui n'a pas lieu au cas de vente de la chose d'autrui et au cas de vente faite successivement à deux ou plusieurs personnes. Dans ce dernier cas, le paiement du prix par un seul acheteur libère les autres acheteurs de leur obligation ; le prix jouerait ainsi, en ce qui concerne la question des risques, le rôle d'une somme d'assurance (*Versicherungssumme*) (2).

C'est l'état des textes qui a permis l'éclosion de toutes ces théories. Mais, malgré tout, il faut bien reconnaître que la compilation de Justinien consacre le principe : *periculum est emptoris*. *Emptoris damnum est*, dit le § 3, Inst. III, 23, *cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere*.

En était-il de même en droit classique ? Est-ce qu'à l'époque des grands jurisconsultes les risques passaient à la charge de l'acheteur avec la perfection de la vente ? Si non, à quelle époque a été opéré le changement de principe ?

C'est en 1897 que cette question a été posée par un savant italien, M. Carlo Arno (3) ; il l'a reprise dans une série de travaux (4) où il a prouvé, d'une façon indubitable, qu'à la différence du droit de la compilation, le droit classique laissait les risques à la charge du vendeur jusqu'à la tradition.

(1) *Jahrb. f. d. Dogm.* Bd. 3, p. 468 sq. *Œuvres choisies*, I (1893), pp. 89-124.

(2) Pour plus de détails, voir plus loin, p. 78 sq. Comp. Girard, *Manuel* (6^e éd.), p. 558, n. 4.

(3) *La teoria del periculum rei venditæ nel diritto romano classico*, in *Giurisprudenza Italiana*, Vol. 49 (1897) parte IV, p. 209 sq.

(4) V. plus loin p. 70, n. 3.

La thèse de M. Arno a été reprise, ces temps derniers, mais d'un façon plus complète, par M. Haymann (1), qui a confirmé les conclusions essentielles de M. Arno en prouvant que tous les textes de la compilation qui consacrent le principe *periculum est emptoris* ont été interpolés par les commissaires de Justinien.

Nous allons, en nous appuyant surtout sur ces deux auteurs, essayer de reprendre toute la théorie des risques. Nous diviserons notre travail en quatre chapitres :

Dans un premier chapitre nous exposerons la théorie des risques de la compilation ;

Dans le chapitre suivant nous réunirons tous les arguments qui prouvent que cette théorie n'est pas classique, et en même temps, que le droit classique consacrait le principe *periculum est venditoris* ;

Le troisième chapitre sera consacré à prouver l'interpolation des textes qui contiennent le principe : *periculum est emptoris* ;

Enfin, dans un dernier chapitre nous chercherons pourquoi les compilateurs ont effectué ce changement dans le droit romain.

Avant d'entrer dans l'examen de ces problèmes, souvent très difficiles, il nous tient à cœur de remercier notre Maître, M. le Professeur Huvelin, des savants conseils et des encouragements qu'il nous a prodigués pendant nos recherches ; qu'il veuille bien trouver ici l'expression de notre profonde gratitude.

(1) *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *Zeitschrift S.-Stift*, Bd. 41 (1920), p. 44 sq. V. aussi dans la *Z. S.-St.* Bd. 40, son article *Ueber Haftung für Custodia*.

CHAPITRE PREMIER

La théorie du “*periculum rei venditae*” dans le droit de la compilation. (*Periculum est emptoris.*)

Primus a vendu à Secundus le fonds cornélien. Après la conclusion du contrat, mais avant son exécution, notamment avant la livraison, le fonds a été emporté, en tout ou en partie, par un fleuve. La question se pose de savoir laquelle des deux parties au contrat aura à supporter les conséquences de ce cas fortuit : sera-ce le vendeur qui perdra la chose et n'aura pas le droit d'exiger le paiement du prix ; ou bien sera-ce l'acheteur qui non seulement n'aura pas la chose, mais sera encore obligé de payer le prix ? Voilà dans quels termes se pose la question des risques. Pour la résoudre, de nombreux textes disent qu'il faut rechercher si la vente dont il s'agit est parfaite ou non. Tant que cette vente n'est pas arrivée à sa perfection, les risques restent à la charge du vendeur ; mais une fois parfaite, les risques passent à l'acheteur. Ce sont presque les mots mêmes de la l. 8 pr. Dig. 18, 6.

Paulus libro trigesimo tertio ad edictum.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio : tunc enim sciemus, cuius periculum sit : nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.

1 Cod. 4, 48.

Imp. Alexander A. Juliae Secundinae.

Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet.

Quand donc une vente devient-elle parfaite ?

Malgré un certain flottement dans les textes (1), on peut dire, d'une façon générale, que la vente est parfaite lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : si la chose qui en fait l'objet est individuellement déterminée, si le prix est fixé, et enfin si la vente est pure et simple, non conclue sous une condition suspensive (2). C'est ce que dit la suite de la loi 8 pr.

(1) En effet, dans beaucoup de textes *classiques*, ce terme *emptio perfecta* signifie la vente conclue (9 pr. Dig. 18,1 ; 35 § 1 Dig. 18,1 ; 43 § 9 Dig. 21,1 ; 29 Dig. 28,1 ; 2 Dig. 28,3 ; 16 § 1 Dig. 28,6 ; 35 Dig. 29,1 ; 2 § 1 Dig. 29,3 ; 18 Dig. 33,2 ; 24 Dig. 36,2 ; 38 Dig. 40,5 ; 38 pr. Dig. 40,12 ; 2 § 4 Dig. 41,4) ; dans d'autres, il désigne la vente, ou tout autre acte exécuté (1 § 2 Dig. 2,2 ; 9 § 3, Dig. 4,2 ; 8 Dig. 18,5 ; 5 pr. Dig. 24,1) ; quelquefois aussi *emptio perfecta* signifie la vente pure et simple, par opposition à la vente conditionnelle (2 § 4 Dig. 41,4 ; 8 § 1 Dig. 18,6). Mais pour l'intelligence de la théorie des risques de la *compilation*, il ne faut pas tenir compte de ces textes. Nous allons voir que pour le droit de la compilation, la « perfection » de la vente marque un moment qui ne se confond nécessairement ni avec celui de sa conclusion, ni avec celui de son exécution.

(2) Pour plus de précision, voir plus loin chapitre III §§ I et II.

Dig. 18, 6 :

Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio.

Cette perfection de la vente, d'où dépend le passage des risques à l'acheteur, ne se confond donc pas avec sa conclusion, pour laquelle il suffit qu'il y ait consentement sur la chose et le prix. Une vente valablement conclue peut très bien ne pas être « parfaite » (1); par exemple : je vous ai vendu 100 amphores de vin à prendre dans un tonneau déterminé, qui se trouve dans ma cave ; le prix a été fixé à tant l'amphore. Cette vente est « conclue » ; les obligations qu'il est de sa nature de produire sont, dès à présent, nées ; les parties sont donc définitivement liées ; mais cette vente n'est pas « parfaite », et elle restera imparfaite tant qu'il ne sera pas procédé au mesurage du vin, et jusque-là, les risques resteront à la charge du vendeur. Mais une fois que le mesurage sera effectué, ce qui a été vendu « apparaîtra » *quid quale quantum est*, le prix global sera, lui aussi, connu, et comme la vente dont il s'agit est pure et simple, les risques passeront à l'acheteur, puisque la vente conclue arrive ainsi à la perfection. Peu importe si la tradition a eu lieu ou non ; la perfection suffit : *perfecta emptione periculum ad emptorem pertinet* « tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit » (3 Inst. III, 23).

(1) Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* (Erlangen 1815) T. XVII, § 1034, p. 151.

En un mot, la conclusion du contrat de vente correspond au moment où les obligations réciproques des parties *naissent*, tandis que la perfection du contrat de vente correspond au moment où les risques passent à l'acheteur. Par conséquent, à partir de ce moment, l'obligation du vendeur de livrer la chose peut s'éteindre par la survenance d'un cas fortuit, sans que cette extinction entraîne celle de l'obligation de l'acheteur de payer le prix. Il importe donc de ne pas confondre ces deux moments (1).

Les textes qui s'occupent de la question des risques dans le contrat de vente sont nombreux. Le Digeste lui consacre tout un livre (Livre 18, titre 6), ainsi que le Code (Livre 4, titre 48), intitulés tous les deux *De periculo et commodo rei venditæ*. A côté de ces deux titres, beaucoup de fragments dispersés un peu partout la discutent (2). Il faut donner une place à part au paragraphe 3, Inst. III, 23 :

Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ aut aliqua ex parte incen-

(1) Cette confusion est pourtant très souvent commise. V. p. ex. : Coccèji, *Quaest. jur. civ.* Ad lib. XVIII, tit. VI. Dig. Quaest. I. Fauchille. *De la théorie des risques*, Thèse, Paris 1882, p. 27. Ramond, *Thèse*, Paris 1891, p. XXIX. Elle se trouve même chez Girard, *Manuel* (6^e éd. 1918, Paris) p. 553.

(2) « 3 Inst. III, 23 ; 8 pr. Dig. 18,6 ; et sexcentis similibus locis » dit Vinnius, *Selectae Quaest.*, lib. II, cap. I, § 2.

dio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatûs sit, sive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit : emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet : nam et commodum ejus esse debet cujus periculum est.

Ce texte est très explicite, et à lui tout seul il suffit pour nous éclairer sur la théorie des risques dans le droit de Justinien. Il ne peut donc y avoir de doute sur le principe des risques admis par la compilation. Celui qui se dégage à la première lecture des textes qui s'en occupent est le suivant : aussitôt la vente parfaite, les risques passent à l'acheteur : *emptione perfecta periculum est emptoris*.

Pour faire l'application de ce principe dans les différents cas pratiques qui peuvent se présenter, il faut donc rechercher si les conditions de la perfection de la vente sont réunies ou non. Seulement, dans cette application du principe, on a relevé dans la compilation des obscurités et même des contradictions ; nous ne pouvons pas laisser de côté ces contradictions, parce que leur constatation a une certaine importance dans la discussion de la théorie classique des risques.

Pour plus de clarté, nous diviserons cet exposé en trois sections :

Dans une première section, nous examinerons les cas dans lesquels, par suite de la perfection du contrat, c'est l'acheteur qui supporte les risques ;

Dans une deuxième section, nous verrons les cas dans lesquels, la vente étant encore imparfaite, les risques restent à la charge du vendeur ;

Enfin, dans une troisième section, nous signalerons quelques exceptions à la règle : *Periculum est emptoris*.

SECTION I

Cas dans lesquels, par suite de la perfection du contrat, les risques passent à l'acheteur.

La vente est parfaite et, par conséquent, les risques sont pour l'acheteur, dans les cas où les parties ont conclu une vente pure et simple, ou une vente à terme, ou une vente *per aversionem*, ou une vente sous condition résolutoire. Nous consacrerons un paragraphe à chacun de ces cas.

§ 1. — VENTE PURE ET SIMPLE

Primus a vendu purement et simplement son esclave Stichus à Secundus, pour 100 sesterces. Cette vente est parfaite dès sa conclusion. Etant pure et simple, le prix étant fixé et la chose déterminée au moment même de sa conclusion, les risques passent immédia-

tement à l'acheteur. Si donc Stichus meurt après la conclusion du contrat, mais avant d'être livré à Secundus, sa perte sera supportée par ce dernier, c'est-à-dire que Secundus, quoique ne recevant rien, sera obligé de payer le prix (1). Tout le monde est d'accord sur ce cas d'application du principe *periculum est emptoris*; à la différence de la plupart des autres cas, il n'a jamais soulevé de difficultés.

§ 2. — VENTE A TERME

Primus a vendu à Secundus, pour 100 sesterces, l'esclave Stichus, pour être livré aux Ides de mars ou au moment où le blé de Secundus sera mûr. Ce terme, certain ou incertain, s'il empêche l'acheteur d'exiger l'exécution par le vendeur de son obligation de livrer, n'empêche point la formation du contrat de vente et la naissance des obligations réciproques des parties. Il n'empêche pas non plus la perfection du contrat, puisque la chose et le prix sont fixés, et il est certain que le moment fixé pour la livraison arrivera. Si donc Stichus meurt avant le terme arrêté pour sa livraison, l'acheteur Secundus sera quand même obligé de payer le prix. Cette décision s'appuie sur la loi 8. § 1, Dig. 18, 6 :

Paulus libro trigesimo tertio ad edictum.

Si ita venierit : « est ille servus emptus, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit », Julianus putat statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam.

(1) 3 Inst. III, 23 ; c. 4 c. 5 c. 6 Cod. 4,48 ; l. 8 pr. Dig. 18,6, etc.

Ce texte décide que la vente conclue sous deux conditions, l'une positive, l'autre négative, se rapportant toutes deux au même événement, et dont l'une est l'inverse de l'autre, est parfaite dès sa conclusion. En effet, ce n'est pas une vente conditionnelle, mais une vente à terme, un des deux événements mis en condition devant se réaliser nécessairement. Donc une vente à terme est parfaite dès sa conclusion (1).

§ 3. — VENTE « PER AVERSIONEM »

Primus a vendu à Secundus, purement et simplement, pour 1.000 sesterces, tout le vin qui se trouve dans sa cave. Cette vente est parfaite dès sa conclusion; la chose, quoique étant un genre, est individuellement déterminée. Car, quand Primus et Secundus ont contracté, leur désignation du vin qui se trouve dans la cave de Primus a opéré la séparation, la distinction de ce vin de tout autre vin. C'est donc d'une *species* qu'il s'agit; il s'agit du vin qui se trouve dans la cave de Primus et pas d'un autre. Il y a, par conséquent, lieu d'appliquer la règle *emptio perfecta*: tous les risques, ceux de perte totale, comme ceux de détérioration passent immédiatement à l'acheteur (2). C'est ce que dit la c. 2 § 1, Cod. 4, 48:

Imp. Alexander A. Gargilio Juliano.

Cum autem universum, quod in horreis erat

(1) V. Labbé, *Etudes sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose, etc.* (Des risques dans les contrats synallagmatiques), Paris 1870, n° 90, p. 108. Fauchille, *op. cit.* p. 63.

(2) P. van Wetter, *Les Obligations en droit romain* (Gand 1883), T. I, § 17, p. 94. Molitor, *Les Obligations en droit romain*, 2° édit. (Paris 1874), T. I, n° 425, p. 524.

positum venisse sine mensura... perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet (1).

Cette décision ne fait point de doute. Mais *quid* si dans une vente *per aversionem* le vendeur a énoncé que la quantité vendue a une certaine contenance et que, lors du mesurage, on trouve une quantité moindre ?

Mühlenbruch (2) a proposé une distinction, suivant que le vendeur a énoncé accessoirement la quantité vendue, ou qu'il a assuré une certaine contenance ou une certaine mesure : dans le premier cas, les risques passent à l'acheteur avec la conclusion du contrat, tandis que dans l'autre cas, le vendeur continue à les supporter jusqu'au mesurage. Cette distinction s'appuierait sur la l. 13 § 14; l. 2 pr.; l. 4 § 1 Dig. 19, 1; l. 69 §6; l. 38 pr. Dig. 21, 2.

Mais, d'après la majorité des auteurs, il n'y aurait lieu à faire aucune distinction : toutes les fois que la vente est faite *per aversionem*, les risques passent immédiatement à l'acheteur ; l'indication par le vendeur de la quantité vendue ne changerait rien à la question des risques. En effet, la l. 1. § 1, Dig. 18, 6, en parlant de la vente *ad mensuram*, observe que : *et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia*. En outre, la l. 35 § 5 ; l. 2 Dig. 18, 1 et l. 14 § 1 Dig. 18, 6, qui s'occupent de la question des risques

(1) V. aussi la l. 35 § 5 Dig. 18,1 ; 62 § 2 Dig. 18,6.

(2) *Doctr. Pand.* § 397, et notes 12 et 13.

dans la vente *per aversionem* ne contiennent aucune allusion à une distinction. Les textes invoqués par Mühlenbruch à l'appui de sa distinction « disent seulement que lorsque le vendeur a énoncé une quantité, il demeure garant de son assertion. Si donc la quantité énoncée ne se retrouve pas, il en est garant, non pas comme d'un risque, mais comme d'une chose qu'il a promise » (1). Donc, le mesurage qui aura lieu ensuite a pour but, non de parfaire la vente, mais de vérifier l'exactitude des déclarations du vendeur (2). Si, lors du mesurage, on trouve une quantité inférieure à celle qui a été déclarée par le vendeur, celui-ci devra combler la mesure indiquée, sous peine de subir une diminution proportionnelle du prix (3).

Mais si c'est à la suite d'un cas fortuit que la masse vendue a subi une diminution, l'acheteur ne pourra rien réclamer au vendeur, puisque, normalement, l'acheteur supporte les risques (4).

Il est entendu que, malgré l'énonciation de la quantité vendue, nous restons toujours dans l'hypothèse d'une vente *per aversionem*. Car il en serait autrement s'il s'agissait d'une vente de genre sous condition de mesurage. Nous nous occuperons, dans la section suivante, de ce cas. Remarquons ici seulement qu'une telle vente est imparfaite et que, par conséquent, jusqu'à sa perfection, c'est-à-dire jusqu'au mesurage, le vendeur reste chargé des risques. Il faut

(1) Molitor, *Les Obligations* T. I, n° 435, p. 533.

(2) Voir l. 13 Dig. 18,6 ; l. 2 pr. Dig. 19,1 ; l. 4 § 1 Dig. 19,1.

(3) Voir l. 13 § 14 Dig. 19,1 ; l. 69 § 6 Dig. 21,2.

(4) Ramond, *Des risques dans la vente*, Thèse, Paris 1891, p. CIV et CV.

donc soigneusement rechercher ce que les parties ont entendu faire : une vente *per aversionem* ou une vente sous condition de mesurage (1).

§ 4. — VENTE SOUS CONDITION RÉSOLUTOIRE

Primus a vendu à Secundus son esclave Stichus, avec la clause que la vente sera résolue *si navis ex Asia venerit*. Qui supportera les risques dans une telle vente, ce qui revient à se demander si cette vente est parfaite ou non ? Les textes qui s'occupent de cette sorte de vente disent qu'elle est pure et simple et que ce qui est sous condition c'est seulement sa résolution : *emptio pura quæ sub condicione solvitur*. Or, une vente pure et simple est parfaite dès sa conclusion. Il y a donc lieu d'appliquer le principe *emptione perfecta periculum ad emptorem respicit* (2).

Mais on est loin d'être entièrement d'accord sur ce point : à l'encontre de l'opinion que nous venons d'énoncer, on a soutenu qu'au moins dans certaines hypothèses qui peuvent se présenter dans le cas de vente sous condition résolutoire, les risques restent

(1) Brunnemann, *In Pandectas*, LC. XVIII. Tit. VI, ad leg. 17 *in fine*, cité par Fauchille, *op. cit.* pp. 71 et 72, a proposé le critérium suivant pour distinguer la vente *per aversionem* de la vente sous condition de mesurage : toutes les fois que la formule de la vente indique d'abord l'objet vendu et ensuite seulement sa contenance (*vendo tibi agrum 10 jugerum*), il y aurait la vente *per aversionem*; par là, les parties indiqueraient suffisamment leur intention de traiter sur telle chose déterminée, abstraction faite de sa contenance, celle-ci n'étant indiquée que comme renseignement. Mais si la formule indique la quantité à prendre avant d'indiquer la chose dans laquelle cette quantité sera prise (p. ex. : *10 jugera agri Tusculani vendo*), il s'agit alors d'une vente subordonnée pour sa perfection à un mesurage. « Quando duo conjuncta sunt in dispositione, illud magis in mente contrahentium consideratum fuisse praesumatur, quod primo loco in ordine litterae fuit scriptum ».

(2) P. van Wetter. *Les Obligations*, T. I, § 17, pp. 92 et 93. Girard, *Manuel*, p. 734, n. 1.

à la charge du vendeur. Il est donc nécessaire de procéder par ordre et d'examiner toutes les éventualités qui peuvent se produire.

Il peut d'abord arriver que la condition fasse défaut, c'est-à-dire, en reprenant notre exemple de tout à l'heure, que le navire, qui devait venir d'Asie, fasse naufrage. Entre temps, l'esclave Stichus est mort, sans la faute du vendeur. Qui supportera les risques dans ce cas ? Sur ce point, tout le monde est d'accord : c'est l'acheteur qui supportera tous les risques, ceux de perte totale et partielle, comme ceux de détérioration, c'est-à-dire qu'il sera quand même obligé de payer le prix convenu, ou, s'il l'a déjà payé, il ne pourra pas le répéter. On explique cette décision par la nature de la vente conclue sous condition résolutoire. Comme nous l'avons vu au commencement de ce paragraphe, « quand la vente est faite sous condition résolutoire, elle est *ab initio* perfecta, et peu importe que l'objet n'en existe plus à l'époque où il y a certitude acquise qu'elle ne sera pas résolue.....
...La formation de la vente n'étant pas reportée à l'époque où la condition sera défaillie, elle sera maintenue au préjudice de l'acheteur, malgré la perte de la chose vendue, survenue par cas fortuit *pendente conditione* » (1).

Il peut arriver, en second lieu, qu'après la perte fortuite de la chose, la condition s'accomplisse en l'espèce que nous avons supposée : que le navire arrive d'Asie. Les risques seront-ils encore supportés

(1) Bufnoir, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain* (Paris, 1866), pp. 453 et 459.

par l'acheteur ? Ici, une sous-distinction est nécessaire, suivant qu'il s'agit d'une perte partielle ou d'une détérioration, ou d'une perte totale.

a) Il s'agit d'une perte partielle ou d'une simple détérioration : entre la conclusion du contrat et l'arrivée du navire d'Asie, Stichus a perdu fortuitement un bras. Conformément aux principes et à l'intention des parties, on décide, dans ce cas, que le vendeur supportera les risques. L'acheteur doit être quitte en rendant la chose dans l'état où elle se trouve; il n'en a pas moins le droit d'exiger la restitution entière du prix qu'il a payé (1). En effet, la chose vendue n'étant pas complètement anéantie, le contrat conserve tous ses éléments constitutifs; il subsiste, et la condition, en se réalisant, trouve encore une convention à résoudre. L'intention des parties ayant été d'être remplacées, par la réalisation de la condition, dans la situation qu'elles auraient occupée s'il n'y avait pas eu de contrat, le vendeur recevra la chose avec les détériorations qu'elle a subies, et l'acheteur ne sera pas obligé de payer le prix, ou pourra le répéter, s'il l'a déjà payé (2).

b) Mais *quid*, si l'objet du contrat a péri totalement entre le moment de la conclusion du contrat et le moment de la réalisation de la condition ? Laquelle des deux parties aura à souffrir de cette perte ? C'est sur ce point que les auteurs ne sont pas d'accord : les uns soutiennent que c'est le vendeur; les autres, que

(1) Prosper Vernet, *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain* (Paris, 1865), p. 136.

(2) Bufnoir, *La théorie de la condition*, p. 459. — Ramond, *Des risques dans la vente*, p. LXXIX.

c'est l'acheteur qui aura à subir les conséquences de la destruction totale de la chose.

D'après la majorité des auteurs (1), c'est l'acheteur qui doit supporter les risques. On doit suivre, en cas de vente sous condition résolutoire, les mêmes règles qu'en cas de vente sous condition suspensive, *mutatis mutandis*. Les rôles des parties sont intervertis : l'acheteur est devenu débiteur de restitution sous condition suspensive, et le vendeur est devenu créancier conditionnel. La même raison qui met la perte de la chose, en cas de vente sous condition suspensive, à la charge du vendeur, débiteur conditionnel, laisse cette perte à la charge de l'acheteur, dans le cas de vente sous condition résolutoire, où il joue le rôle du débiteur conditionnel. La perte totale sera donc supportée par l'acheteur, malgré la réalisation subséquente de la condition : il perdra et la chose et le prix (2). En effet, la condition ne peut pas, en ce cas, se produire d'une manière efficace : la convention de restitution est sans objet, puisque le contrat de vente qu'il s'agissait de résoudre a déjà cessé d'exister à l'époque de la réalisation de la condition. La vente qu'il s'agit de résoudre n'existant plus, tout se passera comme si le pacte résolutoire n'avait pas été consenti, notamment le résultat produit par la perte de la chose sera maintenu (3).

(1) Brunnemann, *In Pand.* Lib. XVIII. Tit. VI, ad l. 8 n° 2. — Vernet, *Textes choisis*, p. 136. — P. van Wetter, *Les Obligations*, T. I, § 17, p. 93. — Fauchille, *Thèse citée*, p. 68. — Ramond, *Th. cit.*, p. LXXX sq. — Girard, *Manuel*, p. 734, n. 1.

(2) P. van Wetter, *loc. cit.*

(3) Fauchille, *loc. cit.*

D'autres auteurs (1) pensent, au contraire, que c'est le vendeur qui doit supporter les risques de la perte totale arrivée *pendente condicione*. Pour M. Bufnoir, les arguments théoriques de l'opinion contraire reposent sur une erreur qui consiste à considérer et à traiter l'acheteur sous condition résolutoire comme s'il était vendeur sous condition suspensive. On suppose que la résolution est une revente ; mais il n'en est pas ainsi, et, dès lors, il est faux d'alléguer que les parties ont, dans la vente sous condition résolutoire, la position inverse de celle qu'elles ont dans la vente sous condition suspensive. En effet, dit-il (p. 455), si dans la vente conditionnelle, les risques sont pour le vendeur cela tient non pas à ce qu'il est *débiteur*, mais à ce qu'il est vendeur sous condition, et que la vente ne peut plus se former quand l'objet a péri *pendente condicione*. On reproduit cette erreur en disant que *la résolution ne peut pas prendre naissance* (2) si l'objet vendu n'existe plus à l'arrivée de la condition résolutoire. Car la résolution d'un contrat n'est pas la formation d'un contrat en sens inverse du premier. S'il faut un objet pour que la vente puisse se former, il n'est nullement nécessaire que cet objet existe encore pour que les parties soient remises, par l'effet de la condition résolutoire, dans la situation où elles seraient si elles n'avaient pas contracté. En résumé, comme il ne s'agit pas de former un contrat, l'effet de la condition résolutoire se

(1) Sell, *Bedingte Traditionen*, p. 269 sq. — Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 455 sq.

(2) Cf. Vernet, *Textes choisis*, p. 136.

produit malgré la perte de la chose vendue et, par suite, le vendeur est sans droit pour exiger ou pour conserver le prix. Enfin si, au cas où la livraison de la chose vendue a eu lieu, de sorte que la perte est arrivée entre les mains de l'acheteur, il y a une certaine apparence de raison à dire que, l'obligation de restituer n'ayant pas pris naissance à la charge de l'acheteur, il n'a pas pu devenir créancier de la restitution du prix, il en est autrement au cas où la livraison n'a pas eu lieu. Dans ce cas, il ne saurait être question d'aucune obligation réciproque de restituer. Comment dire, dans ce cas, qu'il n'y a pas à tenir compte de la condition résolutoire, parce que l'obligation de restituer ne peut pas naître à la charge de l'acheteur faute d'un objet ? Faudra-t-il que la solution change, suivant que le contrat aura été ou non exécuté ? Nous savons pourtant que la tradition est sans influence sur la question des risques (3 Inst., III, 23) (1). En réalité, c'est le vendeur et non pas l'acheteur qui supporte les risques au cas où l'objet du contrat conclu sous condition résolutoire périt totalement *pendente conditione*, et que c'est seulement plus tard que la condition qui devait résoudre le contrat se réalise.

En présence de ces opinions contradictoires, qu'est-ce que disent les textes ? Ils sont peu nombreux et pas assez explicites, et c'est justement cet état des sources qui a permis l'existence de ces deux théories.

Examinons ces textes, en prenant d'abord la l. 2 § 1, Dig. 18, 2 :

(1) Bufnoir, *op. cit.*, p. 456.

Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum.

Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Julianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit,

après quoi la l. 3 (prise dans le livre 5 du commentaire de Paul sur Sabinus) ajoute :

quoniam post interitum rei jam nec adferri possit melior condicio (1).

D'après les auteurs qui mettent les risques à la charge de l'acheteur, ces deux lois seraient favorables à leur théorie. En effet, il s'agit, dans ces textes, d'une vente conclue sous condition résolutoire, puisque l'*addictio in diem*, qui peut jouer selon l'intention des parties le rôle de condition résolutoire ou de condition suspensive (2), joue ici le rôle de condition résolutoire. Primus a vendu à Secundus son esclave Stichus, pour 100 sesterces, mais il s'est réservé le droit de vendre Stichus à toute autre personne qui dans un délai déterminé lui fera des offres avantageuses.

(1) Comp. Julianus dans la l. 4 § 4, Dig. 18,2 : Fundo autem... in diem addicto et commodum et incommodum omne ad emptorem pertinet, antequam venditio transferatur. V. aussi Ulpianus dans la l. 11. § 12 Dig. 43,24 : Ego si post in diem additionem factam fundus præcario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. Si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est præcarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat : ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit.

(2) Cf. la l. 2 pr. Dig. 18,2. — Voir aussi Glück, *Ausführliche Erläut. der Pand.* T. XVI, § 1001, p. 239. — Girard, *Manuel* (6^e éd.), p. 733, n. 5.

Avant l'expiration du délai, Stichus meurt ; le texte décide qu'il meurt pour l'acheteur, *quoniam post interitum rei non possit adferri melior conditio*. Qu'est-ce à dire, sinon que la condition résolutoire ne peut plus s'accomplir utilement, de même que la condition suspensive, après la perte de la chose (1) ?

Les partisans de la théorie contraire répondent qu'il s'agit dans nos textes d'un cas spécial, dans lequel la perte de la chose vendue exerce une influence décisive sur la condition résolutoire et en empêche l'accomplissement. La perte de la chose empêchant toute offre de conditions meilleures, met un obstacle invincible à l'accomplissement de la condition. La vente primitive se trouve donc maintenue au préjudice de l'acheteur, qui subit les conséquences de cette perte. Le motif de cette décision, allégué par la loi 3, n'est pas qu'en général la condition résolutoire ne puisse plus, comme la condition suspensive, s'accomplir utilement *post interitum rei*, mais que, dans ce cas particulier, la perte de la chose rende impossible l'accomplissement de la condition. Il ne faut donc pas généraliser. Ce raisonnement prouve implicitement que, s'il s'était agi de toute autre condition, qui se fût accomplie après la perte de la chose, l'acheteur en eût été exonéré (2). De plus, la même conclusion serait contenue dans la l. 2 Dig. 18, 3 :

(1) Glück, *Pand. T. XVI*, § 1002, p. 247. — Fauchille, *Thèse citée*, p. 65. — Ramond, *Thèse citée*, p. LXXXI, partisan de cette théorie, ne trouve pas ces textes bien probants.

(2) Bufnoir, *Théorie de la condition*, pp. 456-458.

Pomponius libro trigensimo quinto ad Sabinum.

Cum venditor fundi in lege ita caverit : « si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit », ita acipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur : nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui ejus periculo fuisset.

Il ressortirait de ce texte que la *lex commissoria* est une clause insérée exclusivement dans l'intérêt du vendeur, qui est libre, au lieu de s'en prévaloir, de poursuivre le paiement du prix. Pomponius fait remarquer qu'une solution différente permettrait à l'acheteur, en ne payant pas le prix, de provoquer la résolution de la vente et de rejeter ainsi sur le vendeur les risques de la perte totale de la chose. C'est donc que, si la résolution avait eu lieu de plein droit, la perte aurait été pour le vendeur (1).

Mais les partisans de la théorie qui met les risques à la charge de l'acheteur répondent que ce texte n'a pas l'étendue que l'on veut lui donner. La portée de cette décision doit être restreinte au *periculum deteriorationis*. Dans l'espèce de cette loi, en effet, l'objet vendu est un *fundus*, et la perte consiste dans l'incendie d'une *villa*, c'est-à-dire du bâtiment qui n'est qu'un accessoire de la propriété vendue. Il est vrai que le commencement du texte dit qu'il s'agit de la vente

(1) Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 458.

d'un fonds, mais *ager cum ædificio fundus dicitur* (1).

Il n'y a donc rien dans le texte qui met les risques à la charge de l'acheteur, puisque ce texte ne s'occupe que du cas d'une perte partielle. Quant à la fin du texte qui dit : *fundus qui ejus periculo fuisset*, et d'où les partisans de la théorie contraire ont voulu déduire qu'il s'agit du risque de la chose vendue tout entière, on remarque que ces mots ont pour seul objet de rappeler, d'une manière abstraite, et sans allusion à l'espèce examinée, le principe que dans une vente parfaite, la chose vendue est aux risques de l'acheteur (2).

Il nous reste à examiner un dernier texte, la l. 20 §1 Dig. 19, 5 :

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Item apud Melam quæritur, si mulas tibi dederò ut experiaris et, si placuissent, emerēs, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid præstares, deinde mulæ a grassatoribus fuerint ablatæ intra dies experimenti, quid esset præstandum, utrum pretium et merces an merces tantum. et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur : sed non exprimit de actionibus, put autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.

(1) Florentinus, dans la l. 221 Dig. 50,16.

(2) Glück, *Pand. T. XVI*, § 1009, p. 284. — Fauchille, *Th. cit.*, p. 66. — Ramond, *Th. cit.*, p. LXXXII.

D'après les partisans de la théorie qui met les risques à la charge de l'acheteur, ce texte serait décisif en faveur de leur opinion. Vous avez acheté des mulets sous condition que la vente sera résolue si *intra diem certum eæ mihi displicuissent*. Notre texte décide que, si les mulets sont volés avant l'expiration du délai donné à l'acheteur pour opter, la perte en provenant sera pour l'acheteur. On ne peut pas dire, dans ce cas, remarque-t-on, que la perte de la chose exerce une influence décisive sur l'accomplissement de la condition et en empêche la réalisation. Car il est certain que l'acheteur déclarera que la chose ne lui plaît pas, et pour cause ! Il amène ainsi la réalisation de la condition résolutoire. Mais ce sera en vain, et il devra payer le prix. Il est donc exact de dire que l'acheteur sous condition résolutoire se trouve dans la même situation que le vendeur sous condition suspensive, c'est-à-dire qu'il supporte les risques de la perte totale de la chose vendue arrivée avant la réalisation de la condition. Peu importe que la condition s'accomplisse ultérieurement ou fasse défaut.

Les partisans de la théorie contraire se sont efforcés sans succès d'expliquer ce texte en leur faveur (1), et nous croyons que, d'après le droit de la compilation, c'est la théorie qui met les risques à la charge de l'acheteur qui a raison.

(1) V. Bufnoir, *Théorie de la condition*, pp. 461-463, et sa réfutation dans Ramond, *Thèse citée*, p. LXXXV sq.

SECTION II

Cas dans lesquels, à cause de l'imperfection de la vente, les risques restent à la charge du vendeur.

Lorsque l'une des trois conditions nécessaires pour la perfection de la vente manque, la vente est imparfaite, et les risques restent à la charge du vendeur. C'est ce qui arrive au cas où on a vendu une chose à choisir parmi plusieurs, au cas de vente alternative, au cas où la détermination du prix est laissée à l'arbitrage d'un tiers, au cas de vente conclue sous condition suspensive, au cas de vente *ad gustum* et au cas de vente *ad mensuram* (1).

Nous consacrerons un paragraphe à chacun de ces cas,

(1) Des auteurs signalent d'autres cas d'imperfection. Ainsi on a dit (Glück, *Ausführliche Erläut. der Pand.* T. XVII, pp. 152-153. — Labbé, *Des risques*, n° 85, p. 101. — Fauchille, *Th. cit.*, pp. 76-77. — Ramond, *Th. cit.*, p. LXVI, que, lorsque les parties ont convenu qu'un écrit sera rédigé pour constater la vente (*venditio cum scriptura*), la vente est imparfaite et les risques restent à la charge du vendeur. Il y a là une confusion. Non seulement dans ce cas la vente n'est pas parfaite, mais elle n'est même pas formée ; la preuve en est que chaque partie peut empêcher cette formation en refusant de recourir à la rédaction de l'acte — *pænitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione* (pr. Inst. III, 23. V. aussi c. 17 pr. Cod. 4, 21). Il est donc naturel de laisser les risques à la charge du vendeur puisqu'il n'y a pas encore de contrat. — De même il n'y a pas de vente lorsque la perte fortuite de la chose arrive avant l'accord des parties sur la chose et le prix ; et ce n'est pas à la suite de l'application de la règle *emptio imperfecta*, comme on l'a dit (Fauchille, *Th. cit.*, 74-75) que le vendeur supporte la perte, mais en sa qualité de propriétaire. V. l. 15 pr. Dig. 18, 1 ; c. 9 Cod. 4, 24 ; 5 Inst. III, 23.

§ 1. — VENTE D'UNE CHOSE A CHOISIR PARMI PLUSIEURS

Primus a vendu à Secundus un des moutons qui composent son troupeau. Si quelques-uns des moutons périssent avant que Secundus ait fait son choix, c'est le vendeur qui supportera cette perte et restera obligé de livrer à l'acheteur la *species* que celui-ci choisira.

Mais *quid*, si les choses sur lesquelles devait porter le choix périssent, sans la faute du vendeur ? Il est d'abord un point certain : le vendeur sera libéré de son obligation de livrer la chose : *nulla impossibilium obligatio*. Mais est-ce que l'acheteur restera obligé de payer le prix ? Thibaut (1) croit que l'acheteur restera obligé, car la chose qui aurait été choisie a péri avec les autres. Il invoque à l'appui de sa thèse la l. 42 Dig. 23, 3; l. 1 § 4 Dig. 44, 7; l. 30 § 5 Dig. 35, 2. Gensler (2) a démontré que ces lois ne se rapportent pas à notre question. Il croit, avec la majorité des auteurs (3), que les risques sont dans ce cas pour le vendeur qui n'aura pas le droit d'exiger le paiement du prix ; au cas où il l'aura déjà touché il sera obligé de le restituer. La raison de cette solution est que ce qui a été vendu *non apparet quid quale quantum est* (Cf. l. 8 pr. Dig. 18,6 et l. 35 § 5 Dig. 18,1 (4)).

(1) *Syst. des Pandektenrechts* I. Th., § 175, B., p. 135 (4^e éd.).

(2) *Comment. empt. vend.* § 4. n. 10. A.

(3) Lauterbach, *Colleg. th. pr. Pand.*, lib. XVIII, tit. VI. — Prousteau, *Recit. ad L. XXIII Dig. de reg. juris*, cap. XVII, § 9 (in Meerman, *Thesaurus (Novus) juris civilis et canonici*, T. III, p. 517).

(4) V. pourtant la l. 34 § 6 Dig. 18, 1, et, au § suivant, ce qu'on décide au cas où les deux choses promises alternativement périssent ensemble.

§ 2. — VENTE SOUS ALTERNATIVE

Primus a vendu à Secundus un de ses deux esclaves. Pour qui sont les risques ? Il faut, pour le savoir, rechercher si une telle vente est parfaite ou non. Or, tant que la partie qui a le droit de choisir la chose qui devra être livrée à l'acheteur n'a pas fait ce choix, la vente reste imparfaite, parce que l'objet du contrat est encore indéterminé. On ne sait pas lequel des deux objets promis sera désigné.

Si donc une des choses promises alternativement périt à la suite d'un cas fortuit, c'est le vendeur qui supportera les conséquences de cette perte. Mais par l'effet de la perte de l'une des deux choses l'obligation du vendeur est restreinte à l'autre ; d'alternative elle devient ainsi pure et simple ayant pour objet un corps certain (34 § 6. Dig. 18, 1 ; 95 pr. et § 1 Dig. 46, 3 ; 2 § 3 Dig. 13, 4) (1).

(1) Si le risque est incontestablement pour le vendeur et si tout le monde est d'accord là-dessus, on a toutefois soutenu que « le débiteur, (le vendeur) qui a le choix, peut aussi s'il le préfère offrir le prix de la chose qui a péri » (P. van Wetter, *op. cit.*, T. I, § 44, p. 208 sq). L'obligation alternative serait ainsi transformée en une obligation facultative ; la chose qui survit étant due *in obligatione* et l'estimation de la première chose étant due *in facultate solutionis*. Cette opinion a été soutenue par Molitor, *op. cit.*, T. I, n° 224 ; Mommsen, *Beitrage*, II, § 26, 1°, p. 309-314 ; Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* (1876) T. III, § 569, n. 2, n° I, 1° ; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1875), T. II, § 255, I, 5°, a et n. 13 ; Accarias, *Précis de droit romain* (Paris, 1874), T. II, n° 544, p. 306 ; Labbé, *La perte de la chose due dans les obligations alternatives*, in *Etudes citées*, p. 52 sq. En sa faveur on invoque les lois 95 § 1 Dig. 46, 3 et 47 § 3 Dig. 30. — D'autres auteurs soutiennent au contraire que dans ce cas le débiteur est obligé de prêter l'objet restant. V. en ce sens Dumoulin, *Extricatio*, n° 149 ; le président Favre, *Rational, in Pand.* ad l. 34 § 6 de contrah. empt., Voët *ad Pand.*, T. I, lib. XVIII, tit. VI, n° 3 ; Glück, *Pand.*, T. XVII, p. 187 ; Pothier, *Oblig.* n° 250 ; Maynz, *Cours*, T. II, § 191, et note 15 ; Puchta, *Pand.* § 302, n. d. Les textes paraissent être en faveur de cette opinion. V. l. 34 § 6. Dig. 18, 1 ; l. 11 § 1 Dig. 31 ; l. 55 Dig. 9, 2.

Si maintenant, après la perte de l'une des deux choses, l'autre vient à périr aussi, comme la vente est devenue pure et simple, c'est l'acheteur qui aura à supporter les risques : il ne recevra rien et sera obligé de payer le prix convenu. Il en est de même si les deux choses périssent simultanément. C'est ce qui résulte de la loi 34 § 6 Dig. 18, 1 :

Paulus libro trigensimo tertio ad edictum.

Si emptio ita facta fuerit: « est mihi emptus Stichus aut Pamphilus », in potestate est venditoris quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est : et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur : unus enim utique periculo emptoris vixit. idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet (1).

§ 3.— VENTE OU LA DÉTERMINATION DU PRIX A ÉTÉ LAISSÉE A L'ARBITRAGE D'UN TIERS

La vente où la détermination du prix a été laissée à l'arbitrage d'un tiers est imparfaite tant que celui-ci n'a pas fait connaître sa sentence. Il faut toutefois distinguer deux hypothèses :

(1) Wachter, *Archiv f. civilist. Praxis*, Bd. XV (1832), p. 129.

1. — Les contractants ont convenu que ce sera un tiers quelconque qui fixera le prix, sans préciser davantage. Dans ce cas la vente non seulement n'est pas parfaite, c'est-à-dire n'est pas arrivée à l'état où les risques passent à l'acheteur, mais elle n'est pas non plus valable (c. 15 § 2 Cod. 4, 38. Cf. 25 pr. Dig. 19,2) (1).

2. — Les contractants ont au contraire désigné une personne qui doit fixer le prix. Les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur le point de savoir si cette vente était valable ou non (2). Justinien décida (c. 15 Cod. 4, 38 ; 1 Inst. III, 23) que la vente conclue avec une clause pareille est une vente conditionnelle, c'est-à-dire qu'elle est valable, mais pas encore parfaite (3). De sorte que si le tiers désigné n'a pas voulu on n'a pas pu déterminer le prix, « pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto ». Si au contraire le tiers désigné a estimé la chose et fait connaître sa sentence la vente arrive à la perfection et les risques passent à l'acheteur (4).

(1) Noodt, *Commentar. ad Dig.* Lib. XVIII, tit. VI, § *Dixi*. — Voët, *Commentar. ad Pand.* Lib. XVIII, tit. VI, § 23. — Girard, *Manuel*, pp. 550-551.

(2) Gaius nous dit dans ses Institutes, III, 140 : Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius res aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere ; cujus opinionem Cassius probat.

Oflivius et eam emptionem et venditionem ; cujus opinionem Proculus secutus est.

(3) V. P. van Wetter, *op. cit.*, T. I, p. 93, 3°.

(4) Si la fixation du prix est laissée à un contractant, à l'acheteur par exemple, la vente non seulement n'est pas parfaite, mais elle est encore nulle, l. 35 § 1 Dig. 18, 1. (Remarquons en passant le sens que donne Gaius dans ce texte au mot *imperfectum* et qui est loin d'être celui que les compilateurs donnent à ce mot dans les textes relatifs à la question des risques, v. plus loin ch. III §§ 1 et 2 ; voir aussi c. 13 Cod. 4, 38. Quelques anciens auteurs, par ex. Noodt, *Comm. ad Dig.* Lib. XVIII, tit. I § *oportet*, Donellus, *Comm. juris civ.* Lib. XIII, cap. I, § *quid tamen*, considéraient une telle vente valable comme une vente conditionnelle. La réfutation de leur opinion chez Glück, *Pand.* T. XVI, § 980, p. 82. Cf. Girard, *Manuel*, p. 551.

§ 4. — VENTE SOUS CONDITION SUSPENSIVE

Primus a vendu à Secundus son esclave Stichus sous condition *si navis ex Asia venerit*. Une pareille vente est valable, mais pas encore parfaite (1).

Tant qu'on reste dans l'incertitude sur l'arrivée du navire la vente est imparfaite. Si la condition est défaillie, la vente est considérée comme n'avoir jamais existé et le vendeur supportera les risques courus par l'objet du contrat avant et après la défaillance de la condition, en sa qualité de propriétaire (2).

Si au contraire la condition se réalise, la vente arrive à sa perfection ; elle est pour l'avenir pure et simple, et, par conséquent, tous les risques passent à l'acheteur. Mais que décider après la réalisation de la condition, des conséquences des cas fortuits qui ont détruit ou endommagé la chose pendant que la condition était encore pendante ? Ici les textes font une distinction.

La perte a-t-elle été totale ? C'est le vendeur qui supportera les risques (3). « Car si la chose périt avant l'arrivée de la condition, celle-ci ne pourra plus s'accomplir utilement. En effet pas d'objet vendu, pas de vente, pas d'obligation de payer le prix. Le

(1) Sur la question de savoir si le contrat existe déjà avant l'accomplissement de la condition et est seulement confirmé à ce moment, ou si c'est à l'époque de la réalisation de la condition qu'il est créé, voir Girard, *Manuel*, pp. 483-485, et les textes qu'il cite en faveur des deux théories, et M. Haymann, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, Bd. 41 (1920), pp. 84 sq. Il est toutefois incontestable que d'après la compilation la vente est « imparfaite » tant que la condition est en suspens (l. 8 pr. Dig. 18, 6).

(2) V. l. 8 pr. Dig. 18, 6 : quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio. V. aussi l. 7 pr. Dig. 18, 1 ; c. 5 Cod. 4, 48.

(3) L. 8. pr. Dig. 18, 6 : quod pretii solutum est repetetur... si pendente condicione res extincta fuerit.

vendeur perd donc la chose sans en avoir le prix, en d'autres termes il en porte les risques et périls » (1). Et, s'il supporte les risques, ce n'est pas parce qu'il est vendeur, mais parce qu'il est propriétaire (2).

La perte a-t-elle été partielle, où est-ce simplement une détérioration qui s'est produite ? C'est l'acheteur qui supportera les risques. Car, au moment de la réalisation de la condition, la chose existe quoique détériorée. L'objet du contrat ne manque pas comme dans le cas précédent. La condition peut rétroagir, parce qu'elle s'est accomplie pendant le temps utile. C'est ce qui ressort de la fin de la l. 8 pr. Dig 18, 6 :

Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

Il est donc naturel que l'acheteur supporte les risques dans ce cas (3).

Voilà donc les solutions de la question des risques dans le cas de vente conditionnelle. Seulement, pour que ces principes que nous venons de dégager s'appliquent, il faut qu'il s'agisse vraiment d'une condition *suspensive de la vente*. Si les parties ont ajouté une condition simplement à l'*exécution* du contrat, si, par exemple, elles ont convenu que le vendeur ne

(1) Molitor, *Les Obligations* (Paris, 1874, 2^e éd.), T. I, n° 426, p. 524. V. aussi n° 282, p. 363 du même tome.

(2) Noodt, *Comment. ad Dig. Lib. XVIII, tit. VI, § Satis*. — Voët, *Comment. ad Pand. Lib. XVIII, tit. VI, § 5*. — Glück, *Pand.*, T. XVII, p. 153. — Labbé, *Etudes*, etc., n° 87 et 88. — Girard, *Manuel*, p. 484.

(3) V. Ant. Faber, *Rational in Pand.* ad l. 8 pr. Dig. Lib. XVIII, tit. VI, ad verb. sane si exstet res. — Fantziskius, *Comment. ad Dig. Lib. XVIII, tit. VI, nos 23 et 24*. — Vangerow, *Pand. III, § 591, n. V*. — Maynz, *Cours*, II, § 205, n. 31. — Molitor, *op. cit.*, I, n° 426, p. 524. — P. van Wetter, *op. cit.*, I, § 17, pp. 91-92 et n. 14. — Fauchille, *Th. cit.* (1882), pp. 77-83. — Girard, *Manuel*, p. 483, n. 1.

pourra être forcé de livrer l'objet du contrat avant le paiement du prix (1), le contrat de vente ne sera pas moins parfait, et les risques seront à la charge de l'acheteur (2).

§ 5. — VENTE AD GUSTUM (3)

Il y a vente *ad gustum* au cas où lors de la conclusion du contrat il a été convenu que l'acheteur dégustera la chose vendue. Cette clause se rencontre dans les ventes des liquides qu'on a l'habitude de goûter avant de les acheter. Par elle l'acheteur se réserve le droit de faire tomber la vente s'il ne trouve pas la chose à son goût (4). Si au contraire la chose lui plaît, il le déclarera et la vente arrivera à sa perfection. Bien entendu il faut qu'il s'agisse d'une vente des liquides *per aversionem* ou d'une vente de *species*, p. ex. tel baril de vin; sans cela nous serions en présence d'une vente de genre dans laquelle les risques passent à l'acheteur seulement avec la tradition. La vente de *species* ou *per aversionem* dans laquelle une

(1) Cf. Alef, *Dissert. de eo quod justum est circa peric. et commod.*, cap. III, § 32, dans ses *Dies academici*.

(2) V. plus haut, Section I, § 2, le cas des deux conditions suspensives contraires et la l. 8 § 1. Dig. 18, 6.

(3) Nous consacrons, pour des raisons de clarté, un paragraphe spécial à la vente *ad gustum*, qui est en réalité une vente conditionnelle. Tout ce que nous dirons de la vente *ad gustum* s'applique à la vente *ad probationem*, toutes les fois que la condition d'essai joue le rôle de la condition suspensive (4 Inst. III, 23).

(4) L'acheteur qui s'est réservé le droit de dégustation peut-il dire que le vin ne lui plaît pas et faire ainsi tomber la vente, quoique les experts trouvent que le vin est de bonne qualité? On l'a douté (Schöman, *Handbruch des Civilrechts*, Bd. II, n° IX, p. 216 sq. — Brinz, II, p. 1460 [1^{re} éd.]). On a dit que l'acheteur était soumis au contrôle de *arbitrium boni viri*, et on a invoqué à l'appui la l. 108 § 1 Dig. 45, 1 : *Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit*. En outre on a cru trouver un autre argument en faveur de cette opinion dans

clause de dégustation a été insérée arrivant à sa perfection seulement après que l'acheteur a déclaré agréer la marchandise, il faut décider que les risques restent jusque-là à la charge du vendeur. Mais cette solution a au moins besoin d'être complétée, car certains aspects de la question des risques dans la vente des choses qu'on a l'habitude de goûter ont été depuis toujours et sont encore aujourd'hui sujets de discussion entre les auteurs. Les textes qui s'occupent de la question sont loin d'être clairs. Pour mettre plus de clarté dans l'exposé de la question nous reproduirons les textes, et nous résumerons ensuite les controverses qu'ils ont soulevées. Ces textes sont la l. 1 pr. Dig. 18, 6 et la l. 4 pr. et § 1 Dig. *eodem*, tous deux d'Ulpien.

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii
sustinuerit, emptoris erit damnum, quemadmo-
dum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel

les textes qui, ne voulant pas laisser dépendre l'exécution d'un contrat de la volonté de l'une des deux parties, s'en rapportent en présence d'une clause pareille à l'*arbitrium boni viri* (l. 7 pr. Dig. 18, 1 ; l. 24 pr. Dig. 19, 2 [Paulus, l. 34, ad edictum] : Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset). Mais cette opinion est combattue avec de bons arguments. D'abord la l. 34 § 5 Dig. 18, 1 dit : *gustus... ad hoc proficit, ut improbare liceat*. Comment comprendre ces mots, sinon dans le sens que le goût de l'acheteur est le facteur unique dont dépend la perfection de la vente ? Ensuite on ne peut pas dire qu'on laisse ainsi dépendre l'existence du contrat de la volonté de l'acheteur. Car, comme on l'a remarqué, la volonté de l'acheteur dépend de son goût (Glück, *Pand.*, XVII, p. 166). Or, ce goût ne peut pas être déterminé par les règles de l'art ; il dépend d'un état individuel et involontaire de notre organisme. (Gensler, *Commentar.*, § 17, n. 15, p. 29 sq. — Molitor, *op. cit.*, T. I, p. 530, n° 431. — P. van Wetter, *op. cit.*, T. II, § 116 *ter*, p. 372. — Windscheid, *Pand.*, T. II, § 387, et n. 6.) C'est donc le goût personnel de l'acheteur qui est décisif.

qua alia ex causa. sed si venditor se periculo subjecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subjecit: quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustatur vinum videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit et usque ad degustationem sustinebit. sed si nondum sunt degustata signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit.

C'est ensuite la l. 4 pr. et § 1 Dig. 18, 6, tirée elle aussi du commentaire d'Ulpien sur Sabinus.

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur, utrum præteritum dumtaxat periculum acoris et mucoris venditor præstare debet, an vero etiam die præterito (ut, si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi præteriit, periculum ad venditorem pertineat), au vero magis emptio sit soluta (quasi sub condicione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata)? et intererit, quid actum sit : ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici emptionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando præfinitum, quia per ipsum factum

est. § 1. si aversione vinum venit, custodia tantum præstanda est. ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem præstare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere : difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet, quare si dies degustationi adjectus non erit, quandoque degustare emptor poterit et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit : dies enim degustationi præstitutus meliorem condicionem emptoris facit.

D'après ces deux lois, pour savoir qui supportera les risques dans une vente de vin, il faut rechercher si la clause de dégustation a été insérée au contrat ou non.

1. — Dans le dernier cas, si la vente n'a pas eu lieu sous condition de dégustation, nos deux lois décident que tous les risques, *omne periculum*, passent à l'acheteur. Cette décision est logique : il s'agit d'une *species*, un prix unique a été fixé, la vente est pure et simple, donc toutes les conditions de la perfection sont remplies ; par conséquent on n'a qu'à appliquer la règle : *emptio perfecta*.

Mais la l. 1 pr. ajoute que les parties peuvent, par une convention, laisser les risques à la charge du vendeur, qui les supportera pendant le temps convenu. Jusqu'ici tout est normal. Mais, en poursuivant, la loi dit que si, en convenant que le vendeur supportera les risques, on n'a pas fixé le délai pendant lequel il en sera chargé, le vendeur les supportera jus-

qu'à la dégustation, et la loi motive cette décision de la façon suivante : « videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum !!! »

Cette décision est incompréhensible (1). En effet nous sommes en présence d'un contrat qui ne contient aucune clause de dégustation ; de plus il a fallu une *convention spéciale* pour empêcher que les risques passent à la charge de l'acheteur. La vente est donc parfaite dès sa conclusion. Comment alors expliquer la décision contradictoire de notre texte qui dit, qu'au cas où aucune clause de dégustation n'a été insérée au contrat, mais où le vendeur a pris les risques à sa charge sans désigner le moment où ils passeront à l'acheteur, les risques resteront à sa charge tant que la dégustation n'a pas eu lieu ? Cette contradiction a été aperçue depuis longtemps, et différents systèmes ont été proposés pour la résoudre.

Les uns (2) ont essayé, sans succès d'ailleurs, de corriger le texte ou sa lecture.

D'autres (3) disent qu'il faut distinguer le texte de Sabinus du commentaire d'Ulpien. Dans la l. 1 pr. les mots : *si vinum venditum quoad se subjecit*, et dans la l. 4 § 1 les mots : *ex hoc apparet — ad emptorem pertinere*, seraient de Sabinus. Sabinus pose dans ces deux phrases qui se ressemblent le principe qu'en cas de vente *aversione*, si l'acheteur n'a pas stipulé la condition de dégustation, c'est lui qui sup-

(1) Cf. Glück, *Pand.*, T. XVII, p. 159.

(2) Cujas, *Observation*. Lib. XXIII, cap. 34. Le président Favre, *Rational. in Pand.*, ad l. 1. et 4 Dig. Lib. XVIII, tit. VI. — Ant. Augustinus, *Emendation*. Lib. III, cap. VI, etc.

(3) G. Best, *Ratio emendandi leges*, cap. VIII, § 3 sq. et cap. IX, §§ 3 et 4.

portera tous les risques (*omne periculum*) ; le vendeur ne répondra que pour la *custodia*. Après cela, Ulpien a ajouté qu'on n'achète jamais une certaine quantité de vin sans le goûter ; si donc dans un contrat de vente on n'a rien dit concernant la dégustation, il faut considérer que les parties ont sous-entendu la condition de dégustation. Le vendeur devra dans ce cas supporter les risques jusqu'à la dégustation, car on pourrait dire que c'est seulement après la dégustation que la vente est parfaite.

Mais, comme le remarque Glück (1) à propos de cette distinction des notes des deux jurisconsultes, cette affirmation d'Ulpien que la vente n'est pas parfaite jusqu'à la dégustation, même dans le cas où aucune condition de dégustation n'a été stipulée, ne tient pas debout. La vente est parfaite dans ce cas ; cela ressort suffisamment du fait que les risques passent à l'acheteur, et qu'il faut une convention spéciale pour les faire supporter par le vendeur, comme le décide le texte lui-même. En outre, si la condition de dégustation était sous-entendue dans les ventes de vin, il serait impossible d'expliquer la loi 16 (15) Dig. 18, 6, qui dit que l'acheteur n'a qu'à s'en prendre à lui-même si après la conclusion du contrat le vin qui en fait l'objet tourne à l'aigre ou moisit ; il n'avait qu'à faire insérer au contrat une clause de dégustation.

M. P. van Wetter (1) croit justifier la décision d'Ulpien en disant qu'à défaut de cette condition tacite de

(1) *Ausführl. Erläut. der Pand.*, XVII, pp. 160 et 161.

(2) *Les Oblig.*, T. II, § 116 *ter*, pp. 370-371.

dégustation le vendeur supporterait indéfiniment les risques, ce qui serait contraire à l'intention des parties. Mais, même s'il en était ainsi, cette justification de la seconde décision de notre texte ne résout pas la contradiction dans laquelle elle se trouve avec le commencement du texte.

D'après la majorité des auteurs il est plus logique de décider que la condition de dégustation n'est pas sous-entendue dans le contrat de vente *per aversionem* des liquides qu'on a l'habitude de goûter. Les risques, tous les risques doivent être à la charge de l'acheteur, du moment que la vente est conclue, puisqu'à ce moment tous les éléments de la perfection existent (1).

Ils appliquent ainsi à l'interprétation de la *ratio scripta* la méthode d'Alexandre en présence du nœud gordien.

En réalité, ce texte est inexplicable. Comme nous le verrons plus loin il a été gravement retouché par les compilateurs. Mais s'ils ont réussi à nous cacher le contenu classique de notre texte, ils ne nous ont rien donné à la place.

(1) Ainsi Molitor, *Les Oblig.*, I, n° 429, p. 528. Mais, probablement à cause de l'obscurité qui règne sur toute cette question. Molitor s'est contredit : à la page citée il dit que, en cas d'une vente *per aversionem*, « tout le risque sera pour l'acheteur s'il n'a pas ajouté la clause de dégustation ou s'il n'a pas stipulé que jusqu'à la livraison le risque demeurerait à la charge du vendeur. Si la clause de dégustation a été ajoutée au contrat, la l. 4 § 1, décide que le *periculum deteriorationis* est au vendeur ». Or, à la page 363 du même tome il avait dit que dans le cas d'une vente *per aversionem* « le risque et péril de la chose même passe à l'acheteur, à partir du contrat, mais le risque de l'acidité et de la corruption demeure à la charge du vendeur jusqu'au jour de la dégustation, s'il s'agit d'une chose qu'on est convenu ou qu'on a l'habitude de déguster !!! »

2. — Passons maintenant à l'autre cas examiné par nos textes : une clause de dégustation a été insérée au contrat. Pour qui seront les risques ? D'après la l. 4 pr. et la fin de la l. 4 § 1. Dig. 18,6, il faut distinguer suivant que les parties ont déterminé le temps pendant lequel la dégustation doit se faire ou non.

Si les parties ont fixé le temps pendant lequel la dégustation doit se faire, les risques restent à la charge du vendeur puisque le contrat n'est pas parfait avant l'expiration de ce délai. Après l'expiration de ce délai l'acheteur aura la charge des risques, et cela qu'il ait ou non goûté le vin. Seulement ce passage des risques à l'acheteur n'aura pas lieu, si c'est par le fait du vendeur que la dégustation a été empêchée ; celui-ci continuera à les supporter jusqu'à ce qu'il ait mis l'acheteur en demeure de procéder à la dégustation (1).

Si les parties n'ont pas fixé un délai pendant lequel l'acheteur doit procéder à la dégustation, les risques restent à la charge du vendeur, et l'acheteur pourra procéder à la dégustation quand il le voudra. Seulement, après un certain temps, le vendeur pourra sommer l'acheteur de procéder à la dégustation. Si l'acheteur passe outre, la vente est résolue et le vendeur recouvre la liberté de disposer du vin (2). Le vendeur peut même faire fixer par le juge un délai à l'acheteur. La l. 4 § 1 dit : « Si dies degustationi adjectus non erit, quandoque degustare emptor poterit ». Mais

(1) Ant. Faber, *Rational*, in *Pand.* ad l. 4 pr. Dig. Lib. XVIII, tit. VI. — Molitor, *op. cit.*, I, n° 430, p. 530.

(2) Arg. l. 1 in f. et l. 4 in f. Dig. 18, 6. — V. Voët, *Comment. ad Pand.* Lib. XVIII, tit. VI, § 3.

cela n'est vrai qu'autant que le vendeur n'a pas sommé l'acheteur de procéder à la dégustation (1). De cette façon, la phrase finale de la l. 4 § 1 : « Dies enim degustationi præstitutus, meliorem condicionem emptoris facit », devient compréhensible : au cas où on a fixé un délai pour la dégustation, le vendeur doit attendre l'expiration de ce délai ; il ne pourra pas sommer l'acheteur de procéder à la dégustation comme dans le cas où aucun délai n'a été fixé et faire ainsi passer les risques à la charge de celui-ci (2).

Donc, que les parties aient ou non fixé un délai pendant lequel doit se faire la dégustation, dès qu'il

(1) Gensler, *Comment. de empt. vend.*, § 17, n. 15, p. 25 sq. — Glück, *Pand.*, T. XVII, p. 163.

(2) Glück, *Pand.*, XVII, pp. 163-165. — Molitor, *op. cit.*, T. I, n° 430, p. 529. — P. van Wetter, *op. cit.*, T. II, p. 372. — On a d'ailleurs beaucoup discuté sur la signification de ces mots. Pour Cujas (*Observ.* lib. XXIII, cap. 34), suivi dans cette voie par le président Favre (*Rational. in Pand.* ad l. 4 § 1 D. XVIII, VI), et Pothier (*Pand. Justin.*, T. I, lib. XVIII, tit. VI, n° 14, nota e) ces mots seraient en contradiction avec ce qui précède, puisque la fixation d'un terme pour la dégustation serait plus utile au vendeur qu'à l'acheteur. Il propose de mettre *dies non præstitutus* à la place de *dies præstitutus*, ou *venditoris* à la place de *emptoris*. — Merillius (*Variant. ex Cujacio*, Lib. III, cap. 12) rejette l'opinion de Cujas. Pour lui il faudrait entendre ces mots dans le sens suivant : l'acheteur est en meilleure posture lorsque, à l'occasion d'un contrat ayant pour objet une quantité de vin, on a convenu quelque chose en ce qui concerne la dégustation, que si on n'a rien fait à cet égard. Que le délai pour la dégustation ait été fixé ou non, le vendeur supportera les risques pendant un certain temps, si petit soit-il. Si on n'a rien stipulé en ce qui concerne la dégustation, les risques passent immédiatement à l'acheteur. Dans le même sens Wissenbach, *Exercit. ad Pand.*, T. I, Disp. XXXV, Th. 26. — Gensler, *Comment.*, § 6, n. 13, p. 18, lit. e. — V. aussi Best (*Ratio emendandi leges*, cap. VIII, § 3 et 15) qui croit que cette phrase est de Sabinus et qu'elle a été séparée du commencement du paragraphe qui serait aussi de Sabinus par les observations d'Ulpien. La théorie entière de Sabinus serait ainsi conçue : *Vino per aversionem vendito sola custodia præstatur a venditore. Idem est, si uno eodemque pretio veniit certus vasorum numerus, et emptor expresse pactus non est, ut vinum degustaretur : dies enim degustationi præstitutus amovet periculum rei venditæ usque ad diem lapsum, ad venditorem, adeoque meliorem emptoris facit conditionem.* Nous verrons plus tard quelle était la pensée de Sabinus et des autres classiques sur la question ; pour le moment nous sommes sur le terrain de la compilation.

s'agit d'un contrat avec clause de dégustation, le vendeur supporte les risques. Mais si tout le monde est d'accord sur ce principe, il y a une controverse sur son application. De quels risques le vendeur est-il chargé ? De tous les risques, ou seulement de l'*acor* et *mucor*, l'aigreur et la moisissure du vin ?

Pour Molitor (1), lorsque l'acheteur se réserve la dégustation dans une vente *per aversionem*, le vin même est à ses risques et périls, la détérioration seule demeure à la charge du vendeur. Cette clause n'empêcherait pas la vente d'être parfaite. La l. 4 § 1 serait explicite : après avoir dit *omne periculum*, c'est-à-dire *rei et deteriorationis, ad emptorem pertinere*, elle ne veut que déroger à la généralité de la responsabilité de l'acheteur quand elle ajoute : *Quoad degustaverit periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit*. Notre clause n'aurait qu'un effet résolutoire ; elle n'est autre chose que la clause *si emptoris displicuerit, res erit inempta* de la l. 3 Dig. 18, 1 (2).

Glück (3) reconnaît que les textes ne parlent que d'*acor* et *mucor*, mais il pense qu'il ne faudrait pas en conclure que le vendeur ne supporte pas tous les risques. Les textes parlent d'*acor* et *mucor* à titre d'exemple. On ne peut pas en conclure que les risques de la perte totale sont pour l'acheteur, comme on ne peut pas en conclure que les cas de détérioration autres que l'*acor* et le *mucor*, ne sont pas pour le vendeur. La loi parle d'*acor* et *mucor* à titre d'exem-

(1) *Les Oblig.*, T. I, n° 429, p. 529.

(2) Dans le même sens déjà Gensler, *Comment.*, § 6, n. 13, pp. 13-20.

(3) *Pand.*, XVII, p. 162.

ple ; pour s'en convaincre on n'a qu'à considérer comment elle s'exprime au cas où l'acheteur ne s'est pas réservé le droit de dégustation : elle décide qu'*onute periculum* passe à l'acheteur : d'une façon plus courte, elle dit que dans ce cas le vendeur ne répond ni pour *acor*, ni pour *mucor*. Pourquoi s'exprimerait-elle autrement, pourquoi faudrait-il donner un sens plus restreint à la décision relative à la question des risques d'*acor* et de *mucor*, dans le cas où l'acheteur s'est réservé la dégustation, d'autant plus que le contrat de vente n'est pas alors parfait ? En outre, il n'est dit nulle part que l'acheteur supporte le « *periculum interitus* », malgré la clause de dégustation (1). Enfin, qu'il n'y a aucune différence de traitement entre le *periculum interitus* et le *periculum deteriorationis* au cas de la vente « *ad gustum* », cela ressort clairement de la l. 1 pr. Dig. 18, 1, où on met sur le pied d'égalité le cas « *si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit* » et le cas « *si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa* » (2).

§ 6. — VENTE AD MENSURAM

Il y a vente *ad mensuram* lorsqu'on a vendu des choses fongibles à tant l'unité de poids, de nombre, ou de mesure. Une telle vente est valable : les deux parties sont liées et ne peuvent pas impunément se sous-

(1) V. en ce sens Thibaut, *System. des Pand. Rechts*, § 175, D.

(2) P. van Wetter, *Les Obligations*, T. II, § 116 *ter*, p. 373 propose pour résoudre la question des risques dans la vente *ad gustum*, de distinguer suivant que la condition de dégustation est suspensive ou résolutoire. Dans le doute la condition de dégustation doit être considérée, comme toute autre condition, comme une condition suspensive. (*Les Obligations*. T. II, § 97, I, C.)

traire aux obligations déjà nées. Mais une telle vente n'est pas parfaite, non pas parce qu'elle est conditionnelle, comme le dit la l. 35, § 5 in fine, Dig. 18, 1, mais, parce que, comme nous le verrons plus tard, une autre condition de la perfection de la vente manque : avant le mesurage, « *id quod venierit non apparet quid quale quantum est* » (1) ; quoiqu'il en soit, jusqu'à la tradition, ou tout au moins jusqu'au mesurage, les risques restent à la charge du vendeur. Toutefois les auteurs, comme dans le cas examiné dans le paragraphe précédent, ne sont pas d'accord sur l'étendue d'application de ce principe. Deux séries d'hypothèses sont à distinguer :

1. — On a vendu un certain nombre ou une certaine quantité de choses fongibles à prendre sur une masse déterminée, pour un prix fixé à tant l'unité de poids, de nombre ou de mesure. P. ex. : Primus a vendu à Secundus cent mesures de vin, au prix de 10 sesterces la mesure, à prendre dans un tonneau déterminé qui se trouve dans sa cave. Ou, encore, on a vendu une certaine quantité de choses fongibles à prendre dans une masse déterminée, pour un prix unique. P. ex. : Primus a vendu à Secundus cent mesures de vin à prendre dans un tonneau déterminé, le tout pour 1.000 sesterces. Dans les deux cas les risques restent à la charge du vendeur, tant que la détermination, ou plutôt la séparation du vin vendu n'a pas été effectuée à l'aide du mesurage. En effet, jusqu'au mesurage *nondum apparet id quod venierit*. Peu im-

(1) Voir plus tard, ch. III, § II.

porte qu'il s'agisse d'une perte totale ou partielle, ou d'une simple détérioration ; les textes ne font aucune distinction : ils mettent tous les risques à la charge du vendeur. Voici ce que dit la l. 35 § 7 Dig. 18, 1 :

Gaius libro decimo ad edictum provinciale.

Sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretæ centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere : nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos (1).

Signalons toutefois que quelques auteurs (2) ont soutenu que, si en principe tous les risques sont pour le vendeur, il arrive quelquefois que les risques de détérioration retombent sur l'acheteur. Exemple : Primus a vendu à Secundus cent mesures de vin à prendre dans sa cave, où il a deux tonneaux de vin, l'un contenant quatre-vingts mesures et l'autre cinquante. Supposons que le vin contenu dans ce dernier tonneau tourne à l'aigre : Secundus aura droit d'exiger qu'on lui livre le vin demeuré intact. Mais comme cette partie de la masse demeurée intacte est insuffisante, il sera forcé d'accepter une quantité (vingt mesures, dans notre exemple) de vin aigri. Mais malgré

(1) V. aussi la l. 5 Dig. 18,6 et la c. 2 pr. Cod. 4,48. Dans ce sens, Ant. Faber, *Rational. in Pand.* ad l. 35, § 7. Dig. XVIII, I. — Van-gerow, *Pand.* III, § 635, Ann. n° I, pp. 432-433. — Maynz, *Cours*, II, § 210, n. 12. — Molitor, *Les Oblig.* I, n° 282, 2° p. 364, et n° 427, p. 524. — Girard, *Manuel*, p. 559, n. 3.

(2) P. van Wetter, *op. cit.* I, § 17, pp. 97-98 et n. 24. — Mommsen, *Beiträge*, I, § 28, 3°, b. pp. 340-342. — Windscheid, *Pand.* II, § 390, 1°, c.

l'autorité des partisans de cette théorie, nous ne la croyons pas conforme à l'esprit de la compilation : sans énoncer la moindre restriction, les textes répètent que dans notre cas *omne periculum ad venditorem pertinet*.

2. — On a vendu une masse entière de choses fongibles à tant l'unité de poids, de nombre, ou de mesure, par exemple : Primus a vendu à Secundus tout le vin qui se trouve dans sa cave, à tant l'unité de mesure. Dans ce cas le prix global sera connu seulement après le mesurage. Ici aussi le vendeur supporte les risques, quoique l'objet du contrat soit déterminé ; car, avant qu'on ait procédé au mesurage, *on ne sait pas* combien il en périrait pour l'acheteur. C'est pourquoi, si le vin périt totalement ou est simplement détérioré, ce sera toujours le vendeur qui supportera les risques. L. 35 § 6 Dig. 18,1.

Gaius libro decimo ad edictum provinciale.

Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit : si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt quæ proxime tractavimus,

c'est-à-dire que la vente est imparfaite et que les risques restent à la charge du vendeur.

Les anciens auteurs n'étaient pourtant pas d'accord sur cette solution. Ainsi J. Voët (1) est d'avis qu'au cas où une masse entière de choses fongibles a été

(1) *Commentar. in Pand. Lib. XVIII, tit. VI, § 4.*

vendue pour un prix à fixer à tant l'unité de mesure, c'est l'acheteur qui, même avant qu'on ait procédé au mesurage, doit supporter les risques. La fixation du prix de l'unité de mesure suffirait donc. La validité et la perfection du contrat ne dépendent pas du mesurage qui, en somme, ne serait qu'un *modus et demonstratio quædam quantitatis vini pure pleneque distracti*. Il invoque à l'appui de son opinion la l. 11, Dig. 18, 6 :

In libro septimo digestorum Juliani Scævola notat :

Fundi nomine emptor agere non potest, cum priusquam mensura fieret, inundatione aquarum ant chasmate aliove quo casu pars fundi interierit.

Néanmoins, les auteurs, non seulement n'acceptent pas la théorie de Voët, mais n'admettent pas non plus son interprétation de texte (1). On a depuis longtemps remarqué (2) que la l. 11 (18,6) dit simplement qu'au cas où un fonds vendu à tant la mesure vient à être amoindri à la suite d'une crue d'un fleuve ou d'un éboulement du sol, avant qu'on l'ait mesuré, l'acheteur ne pourra pas agir contre le vendeur pour que celui-ci le dédommage. Mais il n'est dit nulle part dans ce texte que le vendeur pourra agir contre l'acheteur pour exiger le paiement de la totalité du prix (3).

(1) Nous verrons la véritable signification classique de ce texte seulement dans notre chapitre III. Pour le moment nous sommes sur le terrain du droit de la compilation.

(2) Glück, *Pand.* XVII, p. 174.

(3) V. en ce sens Bartholom. Chesius, *Interpret. juris*, lib. II, cap. 34, n° 10. — Westphal, *Vom Kauf*, § 599.

Certains auteurs, parmi lesquels le président Favre (1), proposent une autre explication de ce texte. D'après eux, ce texte a une portée restreinte : il apporterait une exception, au cas où une chose immobilière a été vendue *ad mensuram*, à la règle d'après laquelle la vente *ad mensuram* est imparfaite tant qu'on n'a pas procédé au mesurage. Mais cette explication est arbitraire et rien dans le texte ne l'autorise.

Pour P. Burgins (2) il faudrait corriger le texte pour pouvoir l'expliquer. D'après lui, il faudrait lire : « in libro septimo Digestorum Juliani *sententiam* Scævola notat. Ainsi l'opinion de Julien aurait été rejetée par Scævola. Mais on a remarqué (3) que le mot *notare* ne peut pas être pris dans le sens de *reprehendere*. En outre, nous pouvons ajouter que cette explication ne résout pas la difficulté, puisqu'il n'y a pas de raison de préférer l'opinion de Scævola à celle de Julien.

Mühlenbruch (4) croit que notre l. 11, Dig. 18, 6 s'explique toute seule : un fonds a été vendu à tant l'arpent ; la vente est imparfaite et le vendeur aura à supporter les risques jusqu'au mesurage. L'acheteur ne devra donc pas payer les arpents qu'il n'obtient pas, conformément à la l. 35 § 5 Dig. 18, 6, mais il ne pourra non plus agir contre le vendeur pour se faire dédommager (5).

(1) *Rational. in Pand.*, ad l. 10 (11), § 1, Dig. 18, 6.

(2) *Elector.* cap. XIII (in Otto, *Thesaurus juris romani* (Lugduni Batavorum, 1625-1629) I, p. 333.)

(3) Noodt, *Commentar. ad Dig. Lib. XVIII*, tit. VI.

(4) *Doctr. Pand.* § 397, n. 5. Dans le même sens, déjà avant lui Bartole et Godefroy, en note de ce texte. Cf. Glück, *XVII*, p. 141. Cité plus haut, p.

(5) Dans le même sens Vangerow, *III*, § 635, n. I, 1^o in fine. — P. van Wetter, *Les Obligations*, I, p. 95, n. 20 in fine.

Brünnemann, Noodt et Molitor (1) croient que dans notre cas un prix unique a été convenu pour tout le fonds, mais qu'en même temps le vendeur a déclaré garantir une certaine contenance. S'il en est ainsi, il y aurait une vente *per aversionem*, parfaite dès sa conclusion ; les risques sont donc pour l'acheteur qui ne pourra demander aucune diminution du prix au moyen de l'*actio empti*, du chef de la diminution fortuite du fonds. Il n'y aurait donc rien dans notre texte en faveur de la théorie dissidente de Voët.

Quoi qu'il en soit, de ce texte, au point de vue de la compilation bien entendu, il est certain que la théorie de Voët, concernant les risques en cas de vente d'une masse entière de choses fongibles à tant l'unité de mesure, ne peut pas être fondée sur lui et doit être rejetée.

Franc. Alef (2) admet que dans le cas que nous examinons, la vente est le plus souvent imparfaite et que les risques sont pour le vendeur ; mais il n'en est pas toujours ainsi. Elle est parfaite et les risques passent immédiatement à l'acheteur si le vendeur a déclaré que la quantité vendue *ad mensuram* contient tant de mesures, et si l'acheteur avait, en conséquence, promis le prix correspondant à la quantité déclarée. La clause qu'il sera procédé au mesurage ne retarde pas, dans ce cas, la perfection de la vente ; elle a un autre but, que voici : Si, lors du mesurage, on trouve une quan-

(1) Brünnemann, ad leg. 10, § 1. Dig. 18,6. — Noodt, ad Pand. lib. XVIII, tit. VI, p. 324. — Molitor, I, p. n° 427, p. 526.

(2) *Dissert. de eo quod iustum est circa peric.*, etc. Cap. III, § 41.

tité moindre que celle déclarée par le vendeur, le prix sera diminué d'autant ; si, au contraire, la quantité trouvée est plus grande que celle qui a été déclarée, l'acheteur n'aura aucun supplément à payer.

Willenberg (1) a corrigé la théorie d'Alef en proposant de traiter différemment la déclaration du vendeur, suivant qu'elle est faite *démonstrative, restrictive ou modificative*.

Enfin, certains auteurs (2) pensent que si, dans notre cas, le vendeur supporte les risques de perte partielle ou totale, l'acheteur, en revanche, doit supporter les risques de détérioration. ceux-ci sont, dit notamment P. Van Wetter, sans influence sur la pesée, le dénombrement ou le mesurage, et l'acheteur doit payer tout ce qui lui a été pesé, compté ou mesuré.

Mais toutes ces distinctions sont arbitraires, et, de plus, en contradiction avec les lois qui s'occupent de la question, et qui disent clairement que, toutes les fois qu'il a été convenu, lors de la conclusion d'un contrat de vente, qu'il sera procédé à la pesée, au dénombrement ou au mesurage pour trouver la contenance de la masse vendue et ainsi déterminer le prix, la vente n'est pas parfaite tant qu'on n'a pas procédé à la pesée, dénombrement ou mesurage. Peu importe que l'acheteur ait vu, essayé ou goûté la marchandise et l'ait trouvée bonne : jusqu'au mesurage, les risques restent à la charge du vendeur (3).

(1) *Exercit. select. jurisprud. civ.* P. I. Exercit. XVII, § 3-7 de periculo rei ad quantitatem vel gustum venditæ.

(2) Mommsen, *Beiträge*, I, § 28, 2°, p. 338-339. — Windscheid, *Pand.* II, § 390, 1°, c. — P. van Wetter, *Les Oblig.* I, § 17, pp. 95 et 96. — Girard, *Manuel*, p. 559, n. 3.

(3) Glück, *Pand.* XVII, p. 174. — Gensler, *Comment.* § 8 et n. 16. — Molitor, *Les Oblig.* I, n. 282, pp. 363-364. — Vangerow, *Pand.*

APPENDICE

Les risques dans la vente avec clause pénale.

Primus a vendu à Secundus son esclave Stichus, et s'est obligé, en même temps, à lui payer 100 sesterces, au cas où il ne le lui livrerait pas. Après la conclusion du contrat, Stichus meurt. Laquelle des deux parties souffrira de cette perte, c'est-à-dire sera-ce le vendeur qui sera obligé de payer 100 sesterces à l'acheteur et de perdre son esclave ; ou bien sera-ce l'acheteur qui sera obligé de payer le prix convenu et qui ne recevra rien, ni l'esclave, ni la *pœna* ? La question est controversée, et sa solution dépend du caractère qu'on attribue à la clause pénale. Il faudrait donc commencer par exposer et discuter la théorie de la *stipulation pœnæ*, ce qui ne rentre pas dans les limites de cet aperçu sommaire. C'est pourquoi nous nous bornerons à fixer quelques points de la controverse.

Certains auteurs (1) estiment que notre clause, suivant la forme sous laquelle elle se présente, est une

III, § 635, n. 1, p. 432-433. — Fauchille, *Th. cit.* p. 89. — Maynz, *Cours*, II, § 210, n. 12, p. 207, comme la plupart de ces auteurs, trouve que dans notre cas il y a en réalité une vente conditionnelle (comp. le commencement de ce paragraphe et plus tard ch. III, § II ; si le vendeur supporte tous les risques ici, même les risques de détérioration, qui sont à la charge de l'acheteur dans une vente conditionnelle, c'est parce qu'on a fait une exception à ce principe pour notre cas ! C'est d'ailleurs l'unique moyen, peu élégant il est vrai, de sortir de l'impasse où nous ont mis les compilateurs en mélangeant dans la l. 35, § 5 in fine Dig. 18,1 (quasi sub hac condicione, etc.), les deux conditions de la perfection de la vente que la l. 8 pr. Dig. 18,6 avait soigneusement distinguées [et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit (détermination de l'objet de la vente par le mesurage)..... et pure venit (vente pure et simple)]. Voir plus loin chapitre III, § II.

(1) P. van Wetter, *op. cit.* I, § 25, p. 150 sq.

convention accessoire ou une convention principale. Lorsqu'elle se présente sous la forme suivante : « Je vous promets un cheval et pour le cas où je ne vous le livrerais point, je m'engage à vous payer cent », c'est une convention accessoire. Dans ce cas, il existe une double obligation : l'une principale, l'autre accessoire et conditionnelle. Le stipulant a un double droit : il peut, ou bien poursuivre l'exécution de l'obligation principale, ou bien réclamer la peine encourue. Toutefois, la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale (c. 14 Cod. 2, 3) ; l'accessoire suit toujours la condition du principal. Mais la stipulation pénale peut être aussi une convention principale. Elle a ce caractère, lorsqu'elle ne tend point à garantir l'exécution d'une autre obligation. Elle se présente alors sous la forme suivante : « Je m'engage à vous payer cent, si je ne vous livre point tel cheval » ; dans ce cas, on ne promet en aucune façon le cheval lui-même (l. 115 § 2 Dig. 45, 1). Cette stipulation n'engendre qu'une obligation unique, celle de payer la peine ; le stipulant n'a jamais droit à autre chose. Mais aussi, c'est un droit propre et indépendant de tout autre.

Lorsque la clause pénale joue le rôle de convention accessoire, on peut dire qu'elle est une promesse conditionnelle, la condition consistant dans l'inexécution d'une obligation principale. Dès lors, pour savoir quand la peine est encourue, il faut se reporter avant tout à la théorie de la condition. Mais la condition impliquée dans la clause pénale est d'une nature par-

ticulière ; elle suppose l'inexécution d'une obligation principale. De là des modifications de la théorie commune de la condition, spécialement en ce qui concerne les risques. Ainsi, en principe, au cas d'une obligation à terme, si le débiteur n'exécute pas son obligation dans le délai convenu, la condition de l'arrivée de laquelle dépendait l'exigibilité de la peine est réalisée, et la peine doit être payée par le débiteur. Mais la peine n'est pas encourue, si la chose due principalement a péri par accident avant l'arrivée du terme ; ici, l'obligation principale s'est éteinte avant l'échéance, et partant l'obligation accessoire de payer la peine a eu le même sort. Le débiteur ne peut plus encourir une peine du chef d'inexécution d'une obligation éteinte. On invoque à l'appui de cette théorie la l. 21 § 9 Dig. 4, 8 ; l. 2 §§ 1-9 ; l. 4 pr. §§ 1-4, Dig. 2, 11.

Il en serait autrement au cas d'une stipulation pénale principale ; ici la peine est due nonobstant la perte accidentelle de la chose, car la condition s'est réalisée. Peu importe qu'on ne puisse rien reprocher au promettant : son obligation principale de payer la peine arrive en quelque sorte à sa « perfection » par la réalisation de la condition, c'est-à-dire par la non-exécution de l'obligation mise en condition (1).

(1) P. van Wetter, *Les Oblig.* I, § 26, p. 153. — Molitor, I, n^{os} 159 et 161. — Maynz, II, § 258, pp. 416-417. — V. aussi Savigny, *System*, II, § 80, B. pp. 279-281. — Il en est de même lorsque l'obligation principale à laquelle on a ajouté la clause pénale est pure et simple au lieu d'être à terme. Toutefois s'il s'agissait d'une stipulation pénale pure et simple, on remarque que la peine n'est due justement que si la tradition de la chose promise est devenue impossible, si la chose a péri. La raison en est que les conditions négatives ne sont accomplies que lorsque l'événement auquel elles se réfèrent ne peut plus se réaliser.

En résumé, pour décider quand la peine est encourue, c'est-à-dire pour qui seront les risques, il faut rechercher si la *stipulatio pœnæ*, promesse conditionnelle, joue le rôle d'une clause accessoire ou d'une convention principale. Dans le premier cas, c'est le caractère de clause accessoire qui l'emporte sur son caractère de promesse conditionnelle : les risques seront donc pour l'acheteur. Au contraire, lorsqu'elle joue le rôle de convention principale, son caractère de promesse sous condition négative se manifeste pleinement : la peine est due dès que l'événement mis en condition (p. ex. : une prestation, un fait ou une abstention) s'est réalisé (1).

D'autres auteurs croient que c'est le caractère d'obligation conditionnelle qui doit l'emporter toujours sur le caractère de clause accessoire (2). C'est lui qu'il faut prendre en considération pour déterminer les règles de la *stipulatio pœnæ*. Sans doute, la stipulation pénale est subordonnée à l'inexécution d'un fait compris dans l'obligation qui la précède ; à ce point de vue, on peut l'appeler accessoire, par opposition à cette dernière, qui sera principale. Mais l'obligation dite principale n'a d'autre valeur ici que celle d'un fait mis *in condicione*, et par conséquent la stipulation pénale n'est gouvernée que par les règles ordinaires des obligations conditionnelles. La nullité de la première obligation n'entraîne pas par elle-même et forcément la nullité de la peine stipulée (3). Si ce ré-

(1) Cf. Labbé en note sur Ortolan, 3, pp. 808-814.

(2) Accarias, *Précis*. T. II, n^{os} 539-541, surtout n^o 540, p. 296 sq. — Ramond, *Th. citée*, p. LXL sq.

(3) Accarias, II, n^o 524.

sultat se produit souvent, ce n'est que par application des règles relatives aux obligations conditionnelles (1).

Exemple : La stipulation précédente était contraire aux lois ou aux mœurs ; il est visible que son exécution ne saurait former l'objet d'une condition licite, et qu'en conséquence tout est nul (l. 143 pr. D. 45, 1 ; cf. l. 69 D. 45, 1).

En outre, on invoque un texte formel en ce sens. C'est la l. 22 pr. Dig. 9, 2 :

Paulus libro vicensimo secundo ad edictum.

Proinde si servum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.

Cette loi décide que le débiteur de l'esclave promis avec clause pénale, et tué ensuite par un tiers, pourra exercer l'action de la loi Aquilia contre ce tiers, et qu'il se fera tenir compte du préjudice que le meurtre lui cause. Or, quand l'esclave promis par contrat verbal périt par le fait d'un tiers, on refuse l'action de la loi Aquilia au débiteur libéré par la perte de la chose, et on donne une action de dol contre l'auteur du délit du créancier dépouillé de sa créance (2). Si, par conséquent, dans le cas de *stipulatio pœnæ*, le débiteur a, comme le décide notre texte, le droit de poursuivre le tiers, c'est qu'il n'a pas été libéré envers le créancier par la perte de la chose. Le préjudice dont parle le texte consiste dans l'exigibilité de la peine. Si donc la peine peut être exigée, c'est que le

(1) De même Girard, *Manuel*, p. 673, n. 6.

(2) Girard, *Manuel*, p. 674, n. 3 et p. 424, n. 2.

caractère de promesse conditionnelle de la stipulation pénale l'emporte sur son caractère de clause accessoire.

Donc, en résumé, la perte fortuite de la chose promise avec clause pénale, n'empêche jamais le débiteur d'être tenu de la *pœna* (1).

SECTION III

Exceptions à la règle periculum est emptoris.

A proprement parler, notre règle ne souffre point d'exceptions. Toutes les fois que les conditions de la perfection de la vente sont réunies, elle entre en application. Mais si quelquefois, malgré la réunion de toutes les conditions exigées pour son application, la règle : *periculum est emptoris* n'est pas appliquée, ce n'est pas parce qu'elle comporte une exception, c'est parce que d'autres principes entrent en jeu : il n'y a pas d'exceptions à la règle ; il y a plutôt application d'autres principes. C'est ce qui arrive au cas où les parties ont fait une convention mettant les risques à la charge du vendeur ; au cas où le vendeur est en faute ; au cas où il est en demeure d'effectuer la tradition ; et, enfin, au cas où la chose a péri à la suite d'un vice antérieur au contrat de vente, et qui était resté inconnu de l'acheteur.

(1) Girard, *Manuel*, p. 674. — Cette opinion qui semble plus conforme aux textes et à l'esprit de la compilation est suivie par la majorité des auteurs. — V. Vangerow, *Pand.* III, § 614. — Windscheid, II, § 285, 1°, et note 2. — Wolff, *Mora*, § 2, pp. 19-35, et § 3, pp. 38-64.

I. — Les risques restent à la charge du vendeur et on n'applique pas la règle : *periculum est emptoris*, malgré la perfection de la vente, dans le cas où il a été expressément convenu entre les parties que jusqu'à la tradition le vendeur supporterait les risques. La validité de cette convention ne fait pas de doute et les textes sont formels en ce sens. « Sed si venditor se periculo subjecit », dit la l. 1 pr. Dig. 18, 6, « in id tempus periculum sustinebit, quoad se subjecit » (1).

II. — Le vendeur supporte encore la charge des risques dans le cas où la chose a péri à la suite d'une faute de sa part, pour laquelle il doit répondre (3 Inst.,

(1) Comp. l. 35 § 4 Dig. 18,1 ; l. 10 Dig. 18,6 ; l. 78 § 3 Dig. 18,1. — V. Gensler, *Comment. cit.*, § 9. On a autrefois essayé de faire une distinction entre ce qu'on a appelé la convention *générale* et la convention *spéciale*. Il y aurait convention spéciale lorsque les parties ont spécifié et nettement indiqué l'espèce de cas fortuit que le vendeur a déclaré prendre à sa charge. Cette convention est valable (C. 78 § 3 Dig. 18,1), seulement il faudrait l'interpréter strictement. Il y aurait convention générale lorsque les parties ont convenu d'une manière générale que tous les risques seront supportés par le vendeur. Les anciens juristes n'étaient pas d'accord sur la portée de cette dernière convention. Ils divisaient tous les cas fortuits en *casus soliti*, *casus insoliti* et *casus insolitissimi*, suivant la fréquence avec laquelle ils se produisent (Lauterbach, *In Pand.* II, Lib. XIII, tit. VI, n° 47. — Coccéji, lib. XIII, tit. VI, D. p. 248), ou en *casus frequentissimi*, *rariores* et *rarissimi* (Brunne-mann, *In Pand.* ad leg. 78 § 3 Dig. XVIII, I). D'après les uns, lorsqu'on se trouve en présence d'une convention mettant à la charge du vendeur tous les risques, celui-ci ne répond que des *casus frequentissimi* ou *soliti*. (Dans ce sens, Sébast. Médicis, *De fortuitis casibus* P. I., quaest. XV, n° 2 ; Bartole ad l. 10 § 1 Dig. lib. XXXIII, tit. I, de animis leg., n° 4 ; Doneau, *De jure civili*, lib. XVI, cap. 3.) L'intention des parties, d'après eux, a été d'éviter que les cas les plus communs tombent à la charge de l'acheteur. Elles n'ont pas songé aux cas exceptionnels. D'après d'autres (Brunne-mann, *loc. cit.*) cette convention ne laisserait à la charge du vendeur que les *casus rariores*. Vasquieus (*Contr. usu frequ.*, cap. 54, n° 6, cité par Doneau, *loc. cit.*) ne mettait à la charge du vendeur que les *casus rariores* ou *rarissimi* ; le vendeur ne devrait pas répondre de *casus frequentissimi*. Mais la majorité des auteurs (Prousteau, *op. cit.* cap. 27, n° 4, in Meerman, *Thesaurus*, T. III, p. 540. — Lauterbach, *In Pand.* T. I, lib. XIII, tit. VI, n° 47. — Vin-nius, (*Select. quaest. juris*, lib. II, cap. 1) mettent tous les risques à la charge du vendeur en présence d'une convention dite générale. En effet, les distinctions des autres auteurs sont arbitraires et ne reposent sur aucun texte. V. Fauchille, *Th. cit.* p. 117.

III, 23 ; l. 12 (11) ; l. 13 (12) ; l. 15 (14) Dig. 18, 6). Or, d'après la compilation, le vendeur doit répondre de toute faute (l. 3 Dig. 18, 6 ; l. 12 (11) Dig. 18, 6 ; l. 23 Dig. 50, 17 ; l. 13 § 22 Dig. 19, 1 ; l. 36 Dig. 19, 1). Ainsi, si la chose périt parce que le vendeur n'a pas voulu faire des frais nécessaires à sa conservation, il supportera les risques et sera même obligé de payer des dommages et intérêts à l'acheteur (1).

III. — Les risques seront en outre pour le vendeur, au cas où la chose périt pendant qu'il était en demeure d'en effectuer la tradition. En effet, un des effets de la demeure est de faire passer les risques à la charge de la partie en demeure (C. 4 et c. 6 Cod. 4, 48). En réalité, nous ne sommes pas, dans ce cas, en présence d'un nouveau cas où la règle *periculum est emptoris* ne s'applique pas ; ce cas se confond avec le précédent, parce que l'idée de faute se trouve à la base du principe qui met les risques à la charge de la partie en demeure (2).

IV. — Enfin, les risques seront pour le vendeur si la chose périt à la suite d'un vice antérieur au contrat et qui était resté inconnu de l'acheteur (c. 1 c. 6 Cod. 4, 48) (3). L'acheteur aura l'action rédhibitoire. Si le vendeur savait que la chose périrait à cause d'un vice dont elle est atteinte, et s'il n'en avait pas averti l'acheteur, il sera tenu vis-à-vis de ce dernier jusqu'à concurrence du montant de son intérêt (l. 16 (15) Dig. 18, 6).

(1) Accarias, *Précis*, II, p. 463. — Lauterbach, *Colleg. th. pr. Pand.* Lib. XVIII, tit. VI. — Glück, *Pand.* XVII, p. 188.

(2) Molitor, *Les Oblig.* I, n° 347. — Fauchille, *Th. cit.* p. 105 sq. — Girard, *Manuel*, p. 660.

(3) Prousteau, *Recit. ad l. 23 Dig. de div. reg. jur.*, cap. XVII, § 17. — Lauterbach, *loc. cit.* § 9.

CHAPITRE II

Les arguments contre la classicité du periculum emptoris et la théorie classique des risques.

La théorie des risques dans le contrat de vente contenue dans la compilation, peut donc être résumée de la façon suivante : tous les risques de la chose vendue, ceux de perte, comme ceux de détérioration, passent à l'acheteur immédiatement après la perfection du contrat et avant toute tradition. Pratiquement, cela signifie que la perte ou la détérioration de la chose vendue, survenue après la perfection du contrat, mais avant son exécution, notamment avant la livraison de la chose, sans la faute du vendeur, libère celui-ci de ses obligations et ne l'oblige point à fournir un équivalent à l'acheteur ; l'acheteur, au contraire, reste obligé et doit payer le prix, comme si la tradition avait eu lieu (1).

Mais s'il en est ainsi pour le droit de la compilation, il n'en a pas été de même pour le droit classique.

(1) V. aussi Wächter : *Über die Frage : Wer hat b. Oblig. d. Gefahr zu tragen ?* in *Archiv für civ. Prax.* Bd. XV (1832), p. 189.

Celui-ci, plus conséquent avec lui-même et plus respectueux de la volonté des parties, laissait les risques de la chose vendue à la charge du vendeur jusqu'à la tradition: les pages qui suivent doivent apporter la preuve que le *periculum emptoris* était inconnu des classiques, dont la théorie, en adoptant la terminologie consacrée, pourrait être résumée par la formule: *periculum est venditoris*.

Déjà, le grand Cujas, en s'appuyant sur quelques textes classiques, avait soutenu que, jusqu'à la tradition, les risques sont pour le vendeur. L'acheteur supporte les risques seulement après la tradition.

A l'appui de sa théorie, Cujas invoque la l. 33 Dig. 19, 2, que nous retrouverons un peu plus tard et qui, comme nous le verrons, doit être interprétée comme il l'avait interprétée. La l. 13 (12); l. 15 (14) Dig. 18, 6; l. 16 Dig. 12, 4; l. 5 § 1 Dig. 19,5; l. 39 Dig. 46, 3 sont favorables à la théorie du *periculum venditoris*. A l'argument contraire qu'on a tiré de la l. 11 Dig. 21, 1, Cujas répond que, dans le cas examiné par ce texte, la tradition avait déjà eu lieu.

Mais, à côté de ces textes, il y en a, comme nous l'avons vu, un très grand nombre qui proclament le principe *periculum est emptoris*. Cujas, qui ne disposait pas de nos moyens de critique, cherchait à concilier le *periculum emptoris* avec sa théorie, de la façon suivante : Verum ita accipienda ea regula est ut pereat res emptori non pretium, id est, si res perierit ante traditionem: et perire videtur quæ in publicum redigitur, ut pereat emptori ne id quod interest

supra pretium rei consequatur, non etiam ut vel pretium non repetat, quod solvit, vel quod non solvit venditori solvere compellatur (1).

En ce qui concerne le paragraphe 3 Inst., III, 23, qui est très clair et contient le *periculum emptoris* tel que nous l'avons dégagé dans le chapitre précédent, Cujas dit : « Sed juris regulæ in Institutionibus proponuntur, quæ omnes sunt ex summo jure et rudimenta. In Digesta incrementa juris et diligentius exactæ res ad æquitatem. Et vero æquius est, ut qui rem non est nactus emptor pretium non solvat. »

Cette explication, comme le remarque Carlo Arnô (2), est bien peu plausible et peut-être indigne du grand romaniste. Mais il y a plus : dans ses différents ouvrages, Cujas a varié sur la théorie des risques, et s'est contredit lui-même. Ainsi, dans ses *Recit. in lib. IV, prior, Cod. ad lib. IV, tit. 48* (3), il dit : « Si summo jure agamus, quo utimur, etiam hodie nihil interest, periculum contingerit post traditionem, an ante: nam etsi ante contingerit, emptor pretii damnum facit, id est pretium cogitur solvere ; aut solutum non potest repetere. » Il se rallie donc à la théorie commune, mais il ajoute toutefois : il est plus juste (*sed tamen æquius est*) que les risques restent à la charge du ven-

(1) *Opera* (Neap. 1758), *ad African. Tractat.* lib. VIII, ad l. 33 D. Locati. Indépendamment de ce que nous savons du sens qu'il faut donner à la règle *periculum est emptoris*, on peut réfuter l'explication de Cujas par une remarque de Mancini (*Il caso giuridico*, in *Studi Senesi*, vol. IV (1887), p. 229, n. 1) : comment peut-on dire dans cette explication que la chose *pereat emptori*, du moment que le vendeur, outre l'intérêt qu'il avait à l'affaire, perd aussi la chose ? A côté de cette perte, celle de l'acheteur n'existe pas.

(2) *Archivio Giuridico*, vol. 62 (1899), p. 553.

(3) *Opéra*, éd. Neap. (1758). T. X, p. 1010 sq.

deur jusqu'à la tradition. De même, dans le *Comment. in lib. XV Dig. Juliani ad l. 5 D. de resc. vend.* il enseigne le *periculum emptoris*, mais ajoute : « Quod tamen æquitas dissuadet, ut docui in lib. 33 ad African. » Dans d'autres ouvrages, il abandonne complètement sa théorie, et enseigne le principe *periculum est emptoris*, sans aucune réserve (1).

La théorie de Cujas n'a pas eu beaucoup de succès. Devant la contradiction que lui faisaient les textes, très peu d'auteurs (2) se décidèrent à l'adopter. Elle fut délaissée, et il a fallu attendre jusqu'à ces derniers temps que le résultat des travaux très savants de M. Carlo Arnó et de M. Haymann vînt confirmer ce que le grand jurisconsulte français avait entrevu trois siècles et demi plus tôt (3). En effet tous les textes que

(1) Ex. *Commentar. ad Jul. Pauli libros ad edict. ad lib. 33* (Dig. de peric. rei vend. l. 8). *Opera*, éd. Neap. 1758, T. V, p. 513. — *Recit. solemn.* in lib. 19. tit. 5, Dig. ad l. 5 pr. *Opera*, T. VII, p. 828. — *Recit. solemn.* in libros IX Cod. ad lib. IV. tit. 48, 49. *Opera*, T. IX, p. 380-383. — Carlo Arnó (*La teorica del « periculum rei venditæ » nel diritto romano classico*, article paru dans la *Giurisprudenza Italiana*, vol. 49 (1897), parte IV, p. 209 sq., tiré à part par l'Unione tipografico-éditrice (Torino, 1897. Nos citations de cet article se réfèrent à cette dernière édition), p. 32, n. 3], doute « che il Cuiacio abbia mutato opinione... Naturalmente che dovendo il Cuiacio fare l'esegesi di altri testi che in modo assoluto proclamano il principio opposto a quello dedotto dai frammenti in esame (ll. 12 (11)-15 (14) Dig. 18,6 ; l. 33 Dig. 19,2), li dovette volgarizzare in base alle affermazioni esplicite in quei testi (3 Inst. III, 23 ; l. 8 pr. Dig. 18,6, etc.), contenute, non senza però lasciare ben di frequente intravedere il suo intimo convincimento che la verità stesse nei frammenti in esame..... Io sarei quasi tentato ad affermare che laddove in un dato argomento vennero in progresso di tempo a provarsi interpolazioni tribonianee, sebbene il Cuiacio non le abbia scoperte o non abbia neppure ad esse pensato, pur tuttavia quel grande esegeta e insuperabile conoscitore del diritto romano classico ebbe non rade volte ad intuire la vera teorica su un dato istituto, qual poi, provata un di l'interpolazione, venne ad essere la teorica solo ammissibile ».

(2) V. H. Vultejus, *Commentar. in Institut. iur. civ.* Lib. III, tit. 24, n° 71. — J. Borcholten, *Commentar. in IV Institut. iur. civ. libros*, ad § 3. *Inst. de contrah. empt.* n° 3 et 4.

(3) M. Arnó a publié toute une série de travaux sur cette question : *La teorica* (v. plus haut, n. 1). *Note minime sul § 3, Inst.* 3,23, in *Archivio giuridico*, vol. 62 (1899), p. 540 sq. ; *Com-*

la compilation met sous la bannière des jurisconsultes classiques et qui proclament le *periculum emptoris* ont été remaniés par les commissaires de Justinien, comme nous le verrons dans le chapitre suivant. Dans le présent chapitre, nous exposerons les arguments qui parlent contre la classicité du *periculum emptoris* et qui, en même temps, prouvent que les classiques ne faisaient passer les risques à la charge de l'acheteur qu'avec la tradition. Nous les grouperons sous cinq paragraphes. Dans un premier paragraphe, nous discuterons les différents essais qui ont été faits pour expliquer la coexistence de notre règle avec le principe admis en droit classique et d'après lequel il existe une étroite liaison entre les obligations des deux parties dans un contrat synallagmatique, de sorte que l'une des parties au contrat ne peut pas exiger de l'autre partie que celle-ci exécute sa promesse, si elle-même n'a pas exécuté la sienne.

mento ad Cod. 4, 48, 1, in *Archivio giuridico*, vol. 65 (1900), p. 301 sq. ; *La const. 2 C. 4,48 nella « Summa Perusina »*, in *Arch. giuridico*, vol. 68 (1902), p. 429 sq. ; *La massima « dolus auctoris bona fide emptori non nocet » nella c. 3. c. 4,48*, in *Studi Scialoja*, vol. I, p. 341 sq. ; *Di un interpolazione certa nella c. 4, c. 4,48 in Mélanges Fitting* (1907), p. 29 sq. ; *La const. ultima de Cod. de peric. et commodo rei venditæ*, in *Studi Brugi* (1910), p. 154 ; *Sul c. 23 dei Fr. Vat.*, in *Memorie della R. Accademia di scienze lettere et arti in Modena*, série III, vol. 9 (1919), p. 73 sq. Ce qui caractérise les travaux de M. Arnò, c'est, comme on le voit par leurs titres qu'ils ne constituent pas une étude d'ensemble et n'embrassent qu'une partie des textes relatifs à la question. Néanmoins le mérite de M. Arnò est très grand, et s'il n'a pas définitivement établi que la théorie classique des risques n'est pas le *periculum emptoris*, — il a apporté plusieurs preuves pour le *periculum venditoris*. — M. Haymann, au contraire, a soumis à une critique sévère tous les textes qui s'occupent de la question ; il a définitivement établi que le principe : *periculum est emptoris* est un produit byzantin, et il a en même temps dégagé la théorie classique des risques. Il a publié son travail dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 41 (1920), p. 44 sq. (*Periculum est emptoris*). V. aussi dans le Bd. 40 de la même publication son article : *Über Haftung für custodia*.

Dans un deuxième paragraphe, nous expliquerons une clause de contrat de vente à crédit rapportée par Tite-Live, lib. XXIII, cap. XLIX (cf. lib XXV, cap III).

Dans un troisième paragraphe, nous commenterons la l. 33 Dig. 19, 2, qui apporte un argument décisif contre la classicité du *periculum emptoris*.

Un quatrième paragraphe sera consacré à la l. 13 (12) et à la l. 15 (14), Dig. 18, 6, qui apportent une preuve non moins importante que le texte précédent pour la classicité du principe *periculum est venditoris*.

Enfin, dans un dernier paragraphe, nous réunirons toute une série de textes et de circonstances qui parlent contre l'assertion que les classiques faisaient passer les risques à l'acheteur avec la conclusion du contrat.

§ 1. — IMPOSSIBILITÉ D'EXPLIQUER LA COEXISTENCE DU PRINCIPE « PERICULUM EST EMPTORIS » AVEC LE PRINCIPE DE L'INTERDÉPENDANCE DE LA PRESTATION ET DE LA CONTRE-PRESTATION DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES.

Il a été remarqué depuis longtemps, que la règle : *periculum est emptoris* est contraire au principe en vigueur dans les contrats synallagmatiques, d'après lequel une partie du contrat ne peut pas exiger de l'autre partie que celle-ci exécute sa promesse, si elle-même n'a pas exécuté la sienne. L'exception *non adimpleti contractus* devrait donc être opposée au vendeur qui, sans livrer la chose, exige le paiement du prix. Peu importe que ce soit à la suite d'un cas

fortuit que le vendeur se trouve dans l'impossibilité de livrer ; si le fait qu'il est exempt de faute suffit pour le soustraire à l'obligation d'indemniser l'acheteur jusqu'au montant de son intérêt, on ne voit pas pourquoi celui-ci serait obligé de payer le prix (1).

Il y a donc une liaison entre les obligations des deux parties : l'une dépend de l'autre et cela aussi bien lors de la conclusion (2), que lors de l'exécution du contrat. « Les deux créances sont liées l'une à l'autre. Elles ne peuvent être invoquées l'une sans l'autre. Elles devraient aussi disparaître l'une avec l'autre. C'est si bien dans la notion de la bonne foi, qu'un texte décide que, si la dette du prix vient à disparaître par l'effet d'une loi, la dette de la chose devra, à cause de la bonne foi, disparaître pareillement (l. 50 Dig. 19, 1). Il semblerait naturel qu'il n'en fût pas autrement quand c'est la créance de la chose qui disparaît avant l'exécution, et que l'acheteur qui s'est engagé seulement en vue de l'équivalent convenu fût libéré quand cet équivalent ne peut lui être fourni. Il ne paraît pas très juste que le vendeur, qui n'a pas livré, qui est resté propriétaire, soit dispensé de souffrir de la perte de la chose, à raison d'un contrat qu'il n'a pas exécuté. » (3).

Mais la règle *periculum est emptoris*, non seulement n'est pas conforme aux principes, mais, en outre, elle amène quelquefois des conséquences absurdes et d'une injustice choquante. Il en est ainsi dans le cas

(1) GLUCK, *Ausführliche Erläut. der Pand.* T. XVII, § 1033, p. 130.

(2) L. 9 § 11 Dig. 18,1 ; l. 8 ; l. 15 pr. ; l. 57 pr. Dig. 18,1.

(3) GIRARD, *Manuel*, pp. 557-558.

de vente de la chose d'autrui. Une telle vente est valable (l. 28 Dig. 18, 1). Le vendeur se procurera la chose pour la livrer avant d'exiger le paiement du prix ; il sera passible des dommages-intérêts, s'il ne peut pas se la procurer (1). Supposons que cette chose périsse fortuitement : avec le principe *periculum est emptoris*, le vendeur dans ce cas non seulement n'aura aucun déboursé à faire, mais il touchera en outre le prix !

L'injustice est non moins frappante dans le cas où le vendeur a vendu la chose à deux personnes. Si la chose périt, il touchera deux prix, tandis que si elle n'avait pas péri, il n'aurait pu réclamer le prix qu'à l'un des acheteurs, et aurait même dû à l'autre des dommages-intérêts (2).

Ainsi, notre règle est non seulement contraire au principe de liaison des obligations naissant d'un contrat synallagmatique, mais elle est, en outre, contraire à l'équité. On ne comprend pas pourquoi l'obligation de l'acheteur de payer le prix, qui ne peut pas naître sans obligation du vendeur de livrer la chose, ni exister sans elle, au lieu de disparaître à la suite de la perte casuelle de la chose, devienne définitive et s'affermisse (3). Il paraît injuste de mettre les risques à la charge de l'acheteur, qui n'a rien à se reprocher, plutôt qu'à la charge du vendeur.

Ces observations suffisent pour éveiller des doutes sur la classicité du principe *periculum est emptoris* ;

(1) GIRARD, *Manuel*, p. 558, n. 2.

(2) GIRARD, *Manuel*, p. 558, n. 2.

(3) HAYMANN, *Zeitschrift der S.-S.* Bd. 41 (1920), p. 51.

c'est ce que ses défenseurs ont compris et c'est pourquoi ils se sont efforcés, les uns de la justifier pleinement, les autres de l'expliquer ou au moins d'affaiblir les critiques dirigées contre elle. L'étude des différents arguments invoqués pour la défense du principe serait longue. Leur diversité et leur contradiction prouvent au moins une chose : l'impossibilité d'une défense sérieuse de l'existence de ce principe dans le droit romain classique. Nous ne pouvons pas résumer, même succinctement, toutes les explications ou justifications qui ont été proposées; nous nous bornerons à en rapporter les principales et à les réfuter, ce qui sera suffisant pour le but que nous nous proposons : prouver l'injustice de la règle et l'impossibilité de sa coexistence avec le principe d'interdépendance dans le droit classique de la prestation et de la contre-prestation dans la vente consensuelle.

I. — Il faut écarter tout de suite une première explication, d'après laquelle notre règle ne serait que l'application du principe : *debitor certæ rei ejus interitu liberatur* (1).

(1) *Periculum est emptoris* « quia venditor etsi dominus adhuc ante traditionem remaneat, incipit esse debitor certi corporis, et consequenter illius interitu liberatur, si per eum non steterit quominus daret ». Prousteau, *Recitationes ad leg. XXIII contractus. Dig. de regulis juris*, cap. XVII, § 10 (in Meerman, *Thesaurus*, III, p. 518). — V. aussi J. Voët, *Comm. ad Pand.* (Venetiis, 1827), I, lib. XVIII, tit. VI, § 1, p. 717 ; « *Periculum ante traditionem ad emptorem pertinet, tum quia eum etiam omne rei commodum sequitur*..., tum quia statim a perfecta venditione venditor incipit esse speciei debitor quem rei interitu liberari placuit ». De même Ant. Perezus, *Prælectiones in duodecim libros Codicis Justiniani imp.* (Amstelodami, 1671), tit. XVIII, p. 317, § 2, retient ce principe comme une des raisons de notre règle. V. plus loin, p. 77, n. 1. Dans le même sens : Heineccius, *Elem. iur. civ. sec. ord. Pand.* P. III, § 302. — Noodt, *Comm. ad Dig.* lib. XVIII, tit. VI, p. 412. — Wessenberg, *Princip. iur. rom. sec. ord. Dig.* lib. XVIII, tit. VI, § 4. — Comp. Pothier, *Vente*, n° 308.

Car, il découle de ce principe que le vendeur ne doit pas répondre de l'intérêt de l'acheteur au cas où la chose périt fortuitement. Mais ce principe n'explique pas pourquoi l'acheteur doit encore payer le prix malgré la non-livraison de la chose. Son application libère le vendeur, mais ne lui confère point le droit d'exiger le paiement du prix convenu (1).

II. — Certains auteurs ont essayé d'expliquer la règle : *periculum est emptoris* par l'idée de la demeure de l'acheteur. Il est dans la nature du contrat de vente d'être exécuté immédiatement (2). Si la chose est livrée au moment du contrat et périt immédiatement après sa livraison, tout le monde est d'accord que le risque sera pour l'acheteur; il doit en être de même si la livraison a été ajournée sans la faute du vendeur. L'intention du vendeur est d'arriver à l'exécution de la vente aussitôt après sa conclusion. Si immédiatement après la perfection du contrat, le vendeur avait livré la chose, il eût pleinement satisfait à son obligation, et dès lors la perte subséquente de la chose n'aurait pas dispensé l'acheteur du paiement du prix. Il aurait dû remplir son obligation comme le vendeur avait rempli la sienne. Or, il doit en être de même, lorsque le vendeur n'a apporté aucun retard à la tradition de la chose, lorsqu'il n'a dépendu que de l'acheteur de recevoir la délivrance ; le retard de l'acheteur ne doit pas améliorer sa condition. Donc, en résumé, l'acheteur qui ne paie pas immédiatement

(1) GLUCK, *Pand.* XVII, p. 130.

(2) MOMMSEN, *Beitrage*, I, pp. 326-329. — VANGEROW, *Pand.* (1876), III, § 591, n° IV, p. 211.

le prix et n'accepte pas la chose, se trouve en quelque sorte en demeure, et les conséquences de sa demeure doivent nuire à lui-même et non au vendeur. *Unicuique sua nocet mora* (l. 173 § 2 Dig. 50, 17) (1).

Mais on a remarqué depuis longtemps (2) que la demeure de l'acheteur, comme toute autre demeure, suppose une *interpellatio* de la part du vendeur, c'est-à-dire l'offre de la livraison de la chose vendue, ou la sommation de procéder à son enlèvement. Si on voulait expliquer notre règle par les principes de la demeure, il faudrait donc dire que jusqu'à la sommation les risques restent à la charge du vendeur. Or, nous savons qu'il n'en est rien. En outre, l'acheteur, en payant le prix, peut mettre le vendeur *in mora tradendi* ; s'il ne le fait pas, cette simple abstention ne le rend pas responsable du non accomplissement de la tradition.

Il est faux de dire que *per emptorem stare, vel saltem per venditorem non stare*, c'est la même chose (3). Car c'est seulement le retard coupable du débiteur, constaté par une *interpellatio*, à effectuer sa prestation qui le met *in mora solvendi*. Cette explication

(1) P. van WETTER, *Les oblig. en droit romain* T. I, § 17, p. 86. — Dans le même sens et avant lui, Lauterbach, *Colleg. th. pr. Pand.* ad. lib. XVIII, tit. VI, § 2. — Samuel de Cocceji, *Jur. civ. controuv.* h. t. qu. 1. — MALBLANC, *Princip. juris Rom.* P. III, § 552, p. 464. — TOULIEU, *Collect. iur. civ.* Diss. XII, § 27, p. 349. — WERNHER, *Select. observat. for.* T. I, P. IV, Observ. 214, n° 12. — Ant. PEREZIUS, *Prælect. in duodecim. lib. Cod. Tit. XLVIII*, § 2, p. 317 : *ratio regulæ est..... quia per emptorem stat, vel saltem per venditorem non stat, quo minus emptor sit dominus* ». — A. FABER, *Conjectural*, lib. II, cap. III, p. 28 : « Imputandum ei est quod statim nactus non est. »

(2) GLUCK, *Pand.* XVII, pp. 131-132.

(3) Nous verrons dans le chapitre suivant que dans les textes ces deux tournures désignent la demeure de l'acheteur.

de la théorie des risques de la compilation n'en est donc pas une, et il faut la rejeter.

III. — Un essai intéressant de justification de notre règle a été fait par Wächter (1). Voici son raisonnement : En achetant ma chose, l'acheteur m'a lié dans mon droit de disposer d'elle. Il peut prétendre que je laisse la chose pour lui. Supposons qu'après la conclusion du contrat, la chose soit détruite par un cas fortuit; si l'on décide que c'est moi qui dois en supporter les conséquences, il est évident que je serai obligé de les supporter uniquement, parce que *je ne pouvais pas disposer de la chose*. Par conséquent, c'est uniquement par l'effet du contrat et du lien obligatoire qui me liait à l'acheteur que je suis exposé aux risques. Il n'y aurait rien de plus injuste que cette décision, qui me ferait supporter les risques, alors que *mes mains étaient liées* en ce qui concerne la défense contre le dommage. Il est plus juste de les faire supporter par l'acheteur, *au profit duquel mes mains étaient liées*.

Cette justification a plu à beaucoup d'auteurs (2). Jhering l'a faite sienne et l'a développée (3) : « La vente lie les mains au vendeur en l'obligeant à laisser la chose pour l'acheteur et en lui enlevant ainsi la

(1) *Über die Frage : Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. XV (1832), pp. 197-198.

(2) REGELSBERGER, *Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf*, in *Archiv f. d. civilist. Prax.* Bd. XLIX (1866), p. 202 sq. — GOLDSCHMIDT, *Archiv f. d. civ. Pr.* LIX (1876), p. 387, n. 46. — VANGEROW, *Pand.* III, p. 211 (7^e éd.).

(3) *Jahrbücher*, Bd. III (1859), p. 465 sq.

possibilité de se prémunir contre les risques en aliénant la chose. La privation de la faculté de vendre est une perte que le vendeur subit par l'effet de la simple conclusion du contrat, et, puisqu'elle a lieu *exclusivement* au profit de l'acheteur, il est équitable que celui-ci l'en indemnise. Cette indemnité à payer par l'acheteur consiste justement dans l'obligation qu'il a de supporter les risques. »

Le prix stipulé a ainsi, par rapport à la théorie des risques, la fonction d'une somme d'assurance (*Versicherungssumme*). S'il en est ainsi, le vendeur a droit d'exiger le prix seulement dans les cas où la destruction de la chose constitue pour lui une perte véritable, et non pas dans les cas où il ne souffre aucun dommage des suites de la perte de la chose vendue. De cette façon, les objections d'injustice choquante qu'on a faites à la règle ne seraient pas fondées, ou tout au moins les cas d'enrichissement injuste du vendeur seraient bien plus rares qu'on ne pourrait le croire. Et c'est précisément là que se trouve l'utilité pratique du développement donné par Jhering à l'explication de notre règle par « *les mains liées* ». Ainsi, au cas où une chose, avant d'être détruite, par un cas fortuit, a été objet de plusieurs contrats de vente, le vendeur ne pourra pas poursuivre tous les acheteurs successifs en paiement du prix ; par le paiement de la part de l'un des acheteurs, tous les autres sont libérés, puisque la cause de leur obligation (assurance du vendeur) disparaît. Donc, la vente faite successivement à deux personnes ne fait jamais naître deux créances du

prix (1). Même résultat, ou à peu près, au cas de la vente de la chose d'autrui : Si la chose a péri par un délit, ce délit a fait naître des actions que le vendeur doit céder à l'acheteur (l. 35 § 4 Dig. 18, 1), pour avoir le droit d'exiger le prix; notre vendeur ne pourra pas céder ces actions, parce qu'il n'est pas propriétaire, et par conséquent il ne pourra pas exiger le prix. Si la chose a péri par un cas fortuit autre qu'un délit, il faut distinguer suivant que le vendeur a vendu sciemment la chose d'autrui, ou l'a fait de bonne foi. Dans le premier cas, il ne pourra exiger le prix, car « celui qui a vendu sciemment la chose d'autrui est obligé à indemniser l'acheteur avant toute éviction de ce qu'il ne l'a pas rendu propriétaire (l. 30 Dig. 19, 1), et on a même dit qu'il pourrait peut-être invoquer cette idée pour ne pas payer (2). Dans le second cas, celui du vendeur de bonne foi d'une chose d'autrui qui a péri par cas fortuit sans délit, l'acheteur sera au contraire obligé de payer le prix, sans recevoir la chose. Ce serait d'ailleurs le seul cas où cette injustice choquante se produirait, mais il faut bien convenir qu'elle est de nature à se produire rarement (3).

(1) M. GIRARD, *Manuel* (6^e éd.), p. 558, n. 4 in fine, croit au contraire qu'il y aura deux créances du prix « quand les deux ventes ont été faites de bonne foi, par exemple la première par une personne et la seconde par un héritier ; mais quand on a fait la seconde sciemment, on a commis par là un délit de *falsum*, l. 21 Dig. 48,10, et le vendeur ne peut donc invoquer aucun droit en vertu de cette vente. Cf. Dernburg-Sokolowski, § 353, n. 5 ».

(2) GIRARD, *Manuel*, p. 558, n. 4.

(3) Mais la rareté d'une injustice ne la réhabilite pas ! — G. HARTMANN, *Juristischer Casus und seine Præstation bei Obligationen auf Sachleistung*, insbes. beim Kauf, in *Jahrbücher f. d. Dogm.* Bd. XXII (N. F. X.), 1884, pp. 443-444, s'est rallié à cette explication par « *les mains liées* ». Il accepte aussi les points fon-

Cette justification paraît séduisante au premier abord. En effet, toute obligation est un *vinculum*. Le vendeur, obligé par le contrat de livrer la chose vendue, n'est pas *aussi* libre qu'il l'était avant le contrat. Mais il ne faut pas exagérer, et nous croyons que le raisonnement que Wächter et ceux qui l'ont suivi ont échafaudé sur ce fait est faux. Car, en réalité, à quoi se réduit ce que ces auteurs appellent les mains liées du vendeur ? Tout simplement à ceci, comme l'a remarqué Manenti (1) : le vendeur est responsable envers l'acheteur de toute disposition qu'il fait de la chose, dans la mesure dans laquelle, par l'effet de cette disposition, il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter pleinement son obligation. Mais, en affrontant cette responsabilité, *il peut disposer* de la chose comme avant la vente. Il est, à cet égard, dans la même situation que l'acheteur qui doit conserver par devers lui l'argent pour l'exécution de son obligation de payer. L'acheteur aussi a les mains liées dans la même mesure que le vendeur ; lui aussi souffre de n'avoir plus sa liberté. Il aurait pu peut-être, comme on l'a

damentaux du développement que lui a consacré Jhering (rôle de somme d'assurance donné au prix par rapport à la théorie des risques). « Le vendeur est lié quoiqu'il conserve le droit de disposer matériellement de la chose (*das volle Verfügungsrecht*), et il est tenu obligatoirement par l'effet de la perfection de l'acte à laisser la chose pour l'acheteur. Or, comme l'aliénation de la chose est sans doute le meilleur moyen pour un propriétaire d'en faire passer les risques à une autre personne, le vendeur se trouve privé de cette faculté du moment où la vente est conclue ». Seulement s'il accepte le point fondamental de l'explication d'Jhering, il n'en accepte pas les conséquences. (V. pp. 445-446. Cf. aussi. Windscheid, Pand. II, § 390, n. 19, pp. 462 et 463 (4^e éd.). Hartmann accepte cette théorie parce qu'il y trouve un argument pour sa théorie du *casus juris* qui, à la différence du *casus facti*, serait supporté par le vendeur (v. art. cité p. 449, et ce que nous disons à propos de la l. 33. Dig. 19,2).

(1) *Il caso giuridico*, in *Studi Senesi*, vol. IV (1886), p. 259.

remarqué (1), acquérir la même chose chez une autre personne pour un prix de moitié inférieur. La règle qui met les risques à la charge du vendeur est plus juste. Pour se libérer des risques, le vendeur n'a qu'à livrer immédiatement la chose à l'acheteur, ou à le mettre en demeure, et il fera ainsi passer les risques à l'acheteur. Et il est évident que c'est plus facile et que cela vaut mieux que d'avoir « les mains libres », c'est-à-dire le droit de disposer impunément de la chose. Car, si le vendeur pouvait disposer impunément de la chose, il devrait d'abord chercher un autre acheteur, discuter les conditions du contrat, et tomber d'accord avec lui sur toutes ses clauses, ce qui est évidemment plus difficile que la livraison immédiate de la chose, ou la mise en demeure du premier acheteur (2).

Enfin, d'après cette théorie, les mains du vendeur seraient liées dès la conclusion du contrat. Or, comme nous le savons, d'après la compilation, c'est seulement avec la « perfection » du contrat que les risques passent à l'acheteur. Comme ce moment de la perfection du contrat peut être séparé par un long laps de temps de sa conclusion (lorsqu'il s'agit d'une vente de genre le contrat arrive à sa perfection seulement avec la tradition), on voit que cette explication ne cadre pas avec les décisions de la compilation, qui laisse les risques à la charge du vendeur jusqu'à la perfection du contrat, quoique ses mains soient liées déjà lors de sa conclusion.

(1) HOFFMANN, *Ueber das Periculum beim Kaufe* (Wien, 1870), Beilage I, p. 34.

(2) MANENTI, *art. cit.* p. 260.

IV. — F. Alef (1) trouve l'explication de notre règle dans la nécessité qui a créé le contrat de vente. Le contrat de vente est celui qu'on conclut le plus souvent dans la vie ordinaire ; il est tellement nécessaire que sans son aide la société ne pourrait pas exister. Il faut donc le rendre solide, car sans cela la sécurité des citoyens, qui cherchent à satisfaire leurs besoins au moyen de ce contrat, et, par suite, la santé de l'Etat seraient atteintes. C'est pour cela qu'on a décidé que les risques passent à l'acheteur avec la perfection du contrat.

Mais si cette décision, ferons-nous remarquer, arrange à merveille les citoyens qui jouent le rôle de vendeurs, on ne peut pas dire la même chose pour ceux qui sont acheteurs, tant s'en faut ! Et pourtant, eux aussi, nous dirons même, eux surtout, cherchent au moyen de ce contrat à satisfaire leurs besoins, et la règle : *periculum est emptoris*, au lieu de les y aider, ne les décourage-t-elle pas plutôt, puisqu'elle les oblige à payer sans toucher un équivalent ? Quant à la santé de l'Etat, les pays qui mettent les risques à la charge du vendeur jusqu'à la tradition n'ont pas à se plaindre du principe qu'ils appliquent.

V. — De l'explication précédente, il faut en rapprocher une autre : la règle *periculum est emptoris* serait l'expression fidèle du caractère économique de la vente. Dans une vente, les parties ont pour but de

(1) *Diss. de eo quod iustum est circa peric. et comm. rei vend.*, dans ses *Dies Academici* (Heidelbergæ 1742), Dissertatio XVI, § 13, p. 491.

changer la consistance de leurs patrimoines : à une valeur susceptible de variations, et même sujette à périr, le vendeur veut substituer une valeur ferme et sûre, de l'argent ; l'acheteur, au contraire, prend en échange d'une somme d'argent une chose susceptible de diminution. Les buts des parties sont donc inverses ; leur volonté doit trouver sa réalisation du jour même de la vente ; de ce jour le vendeur doit être assuré de toucher la somme d'argent qu'il a voulu obtenir, tandis que de ce jour l'acheteur serait exposé aux risques qu'il a entendu accepter en se faisant promettre un corps certain (1). Autrement dit, les buts des parties doivent être atteints l'un et l'autre, non seulement quand le droit réel, mais quand le droit personnel, le droit de créance est né pour chacun, sur l'objet qu'il vise, donc dès le moment de la formation du contrat et non pas seulement depuis celui de son exécution (2).

Mais, comme on l'a remarqué (3), « il y a là une véritable hérésie économique » ; l'argent a une valeur acquisitive aussi variable que toute autre marchandise. On n'a, pour s'en convaincre, qu'à jeter un coup d'œil sur les cours des changes. En outre, cette explication suppose la question résolue, plutôt qu'elle ne la résout, puisqu'il s'agit toujours de savoir à partir de quel moment les parties ont entendu que s'opérât cette substitution d'une valeur à une autre ; et rien

(1) Cf. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*. (Paris, 1914, 3^e éd.), n° 183, p. 202.

(2) Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 558.

(3) RAMOND, *Th. citée*, p. LXIII.

ne prouve que le moment qu'elles aient eu en vue ne soit pas celui de la livraison (1).

Pothier pense que l'acheteur a considéré comme équivalent de son obligation l'action qui lui est acquise en retour (2). Mais une action n'est qu'un moyen; elle n'est pas un but. On ne voit pas comment ce moyen, devenu inefficace par la perte de la chose, peut être considéré comme équivalent à une obligation.

VI. — Une explication qui a eu un certain succès a été proposée par Windscheid (3). Après avoir constaté l'existence du principe d'après lequel celui qui n'accomplit pas son obligation n'a pas le droit d'exiger la contre-prestation, il ajoute qu'« on n'applique pas ce principe dans tous les cas » (4), et qu'« on ne l'applique notamment pas dans le cas où il s'agit d'un lien juridique (*Verbindlichkeit*), naissant d'une déclaration de dessaisine (*Entäusserungserklärung*). Si ce lien disparaît à la suite de la perte de la chose à laquelle se rapportait la déclaration de dessaisine, et si cette perte a lieu sans la faute de l'obligé, celui-ci a le droit d'exiger la contre-prestation ». C'est justement ce qui arrive dans le cas de contrat de vente, et ce

(1) SALEILLES, *loc. cit.* — Voir aussi LABBÉ, *Etudes sur quelques difficultés*, etc., n° 101.

(2) Vente, n° 307.

(3) *Pand.* (4^e éd. 1875), II, § 321, p. 234 sq. V. aussi § 389, n. 2. — Il a été suivi par BRINZ, *Pand.* (2^e éd.), II, p. 690. sq. — SCHEURL, *Beiträge*, II, p. 64. — KELLER, *Jahrb. d. gem. R.* IV, pp. 364-366. — BERNHOFT, *Jahrb. f. Dogm.* XIV, p. 58 sq. et 126 sq. — V. aussi MOMMSEN, *Erörterungen*, I, pp. 29-31. — Comp. ses *Beiträge*, III, p. 422, note *. — BECHMANN, *Der Kauf*, I, p. 18 sq. — V. aussi MANENTI, *Il caso giuridico*, in *Studi Senesi*, vol. IV (1887), p. 261-270; d'après cet auteur notre règle aurait son origine dans la nature et la fonction sociale de la vente dont elle serait une conséquence « logique et immédiate ».

(4) V. *Pand.* I, § 123, n. 3.

qu'on exprime par la règle : *periculum est emptoris*. La raison de cette décision se trouve dans la « nature de la déclaration de volonté du vendeur ; à la suite de cette déclaration, la chose vendue sera traitée, en ce qui concerne les rapports des parties au contrat, comme étant déjà sortie du patrimoine du vendeur et entrée dans le patrimoine de l'acheteur » (1).

Mais qu'est-ce que cette déclaration de dessaisine et quelle en est la nature ? « La déclaration de dessaisine est la déclaration qu'on se dessaisit de la chose ; elle s'oppose à la promesse qu'on s'en dessaisira. Ainsi, la déclaration du vendeur est une déclaration de dessaisine. Elle dispose que la chose vendue est à l'acheteur (*res venum datur*) et non seulement que le vendeur s'oblige à faire passer la chose dans le patrimoine de l'acheteur. Une obligation à la charge du vendeur naît seulement lorsque l'état de fait ne correspond pas à sa déclaration » (2).

Cette explication est une pure logomachie. Comment considérer la chose comme entrée dans le patrimoine de l'acheteur dès avant la tradition, et cette tradition comme étant inutile pour la question des risques, quand on sait bien que la vente classique est essentiellement un contrat créateur d'obligations ? M. Saleilles (3), qui accepte cette explication, a senti l'objection ; c'est pourquoi il tâche de présenter sous une forme historique cette décision d'après laquelle les choses doivent se passer, au point de vue de la perte, comme si cette aliénation (*Entäusserung*) à la-

(1) *Pand.* II, p. 235, n. 19.

(2) *Pand.* II, p. 235, n° 18.

(3) *Op. cit.*, n° 183, p. 203.

quelle le contrat doit aboutir était déjà réalisée. Il rappelle les origines de la vente et l'époque où cette dernière avait lieu par voie d'aliénation, à la façon d'une vente au comptant. Nous verrons plus loin que c'est une explication après coup ; contentons-nous de remarquer qu'elle tourne la difficulté plutôt qu'elle ne l'explique. Car, s'il est naturel que dans une vente au comptant les risques passent à l'acheteur immédiatement, le moment du contrat se confondant avec celui de son exécution, on ne voit pas pourquoi il doit en être de même dans une vente créatrice d'obligations.

VII. — Fuchs (1), pour expliquer notre principe, recourt à l'hypothèse d'une fiction qui aurait été conçue par la doctrine romaine : le vendeur qui se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, parce que la chose due a été détruite par cas fortuit, est considéré comme l'ayant accomplie.

Mais cette explication de l'exception qu'apporte notre règle au principe de liaison des obligations dérivant d'un contrat synallagmatique, n'en est pas une. C'est la répétition avec d'autres mots de la question posée. Dire que cette fiction existait, parce que l'impossibilité d'exécution, exempte de faute, équivaut à l'exécution, est une affirmation qu'il s'agit de prouver, et qu'il est justement impossible de prouver. En outre, on ne trouve dans les textes aucune trace de l'existence de cette prétendue fiction d'exécution (2).

(1) *Beitrag z. Lehre vom periculum bei Oblig.*, in *Archiv f. d. civ. Prax.* Bd XXXIV (1851).

(2) MOMMSEN, *Beiträge*, I, p. 331 et 349, se rapproche de cette explication.

VIII. — Seckel a proposé une explication qui est en liaison étroite avec sa théorie de la *custodia*. Au cas où la tradition ne suit pas immédiatement la perfection du contrat, le vendeur, en droit classique, se trouve dans la situation d'un commodataire : il faut le considérer comme s'il avait déjà livré la chose et l'avait reprise de nouveau. Par conséquent, comme le commodataire, qui profite du contrat, est chargé de l'obligation de la *custodia*, de même le vendeur doit prêter la *custodia*. Or, si celui qui répondait en droit classique pour la *custodia*, avait la charge des *casus minores*, il n'en était pas de même des *casus majores*. Leur survenance libérait le débiteur chargé de la *custodia*. Ainsi, pour Seckel, le sens de la maxime : *periculum est emptoris* dans le droit classique est le suivant : le vendeur répond des *casus minores*, mais les *casus majores* le libèrent (1).

Nous ne pouvons pas entrer ici dans les détails de cette théorie intéressante de la *custodia*, c'est pour quoi nous n'en donnerons qu'un aperçu très sommaire, juste ce qui est nécessaire pour l'intelligence de l'explication de Seckel.

La question de la *custodia* se rattache à la question de la responsabilité des contractants dans les contrats de bonne foi. Pour déterminer l'étendue de cette responsabilité dans le droit de la compilation, il faut rechercher si le débiteur tire quelque utilité du contrat ou non. Le débiteur qui tire quelque utilité du

(1) *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Iéna 1907), voir *Custodia*, pp. 117-118. — Dans le même sens Kübler, *Das Utilitätsprinzip*, etc., in *Festgabe zu Gierkes Doctorjub.* (1910).

contrat répond de toute faute ; il doit *præstare boni patris familias diligentiam*. Le débiteur qui ne tire aucune utilité du contrat répond seulement de son dol. Il doit *præstare bonam fidem*. Il y a donc deux catégories de débiteurs : les uns répondent de leur *culpa* comme de leur dol ; les autres répondent seulement de leur dol, et cette répartition est faite selon le principe de l'*utilitas contrahentium*.

Ce principe, proclamé par la compilation, est aussi celui du droit classique. Mais, dans la compilation, il ne se trouve pas dans la forme simple dans laquelle nous l'avons présenté ; il y est compliqué par trois théories pour lesquelles il est aujourd'hui certain qu'elles proviennent toutes les trois des compilateurs, et qu'elles étaient inconnues des classiques.

a) La compilation distingue deux espèces de fautes : *culpa lata* et *culpa levis*. La *culpa lata* est assimilée au dol, et les débiteurs qui ne répondent que de leur dol répondent désormais de leur *culpa lata*. L'origine byzantine de cette théorie a été prouvée par Lenel et d'autres auteurs (1).

b) La compilation distingue, en second lieu, la *culpa in concreto* de la *culpa in abstracto*. En principe, tous les débiteurs qui répondent de leur faute, répondent de cette faute appréciée *in abstracto*. Mais, exceptionnellement, par faveur pour certains débiteurs, on n'exige pas d'eux un zèle supérieur à celui qu'ils déploient dans leurs propres affaires ; on n'exige d'eux

(1) LENEL, n° 1. — KUBLER, *Festgabe für Gierke* (1910), p. 256. — SECKEL, *Heumanns Handlexikon*, v. *Culpa*.

que la *diligentia quam suis*, c'est-à-dire que leur faute est appréciée *in concreto*. Ces débiteurs favorisés sont : le mari débiteur de la restitution de la dot, l'associé, le copropriétaire, le tuteur.

L'interpolation des textes qui établissent cette distinction a été prouvée par Seckel, Mitteis, Kübler, Schulz, Girard, Lusignani (1).

c) Enfin, certains débiteurs, quoique ne tirant aucun profit du contrat, et rendant donc un service gratuit, répondent non seulement de leur dol, mais aussi de leur faute. Ce sont le mandataire, le tuteur, le curateur et le *negotiorum gestor*.

Notre Maître, M. Huvelin, a prouvé (2) qu'à l'époque classique le gérant d'affaires ne répondait que de son dol ; ce sont seulement les compilateurs qui l'obligent à *præstare bonam fidem*. Une pareille preuve est faite (3) pour le mandataire. Il ne reste donc qu'à la faire pour le tuteur et le curateur (4).

De toute la théorie de la responsabilité des contractants dans les contrats de bonne foi, il ne reste donc que le principe de l'*utilitas contrahentium*. Contenait-il toute la théorie de la responsabilité dans le droit classique ? Non, dit M. Seckel. Pour lui, les débiteurs, en droit classique, étaient divisés en quatre groupes : les premiers répondaient de leur dol seulement ; les seconds, de leur faute ; venaient en

(1) SECKEL, *Heumanns Handlexikon*, v. *diligentia*. — MITTEIS, *Privatrecht*, I, pp. 331-333. — KÜBLER, *Festgabe für Gierke* (1910), II, pp. 244-256. — GIRARD, *Manuel*, p. 668.

(2) DAREMBERG et SAGLIO, 7, 1904, p. 50, n° 2, l. 3 § 9 Dig. 3,5.

(3) V. GIRARD, *Manuel*, p. 667, n° 4.

(4) V. GIRARD, *Manuel*, p. 667 et 664, n° 4.

troisième lieu les débiteurs qui répondaient des accidents mineurs (*casus minores*) et, enfin, en quatrième lieu, les débiteurs qui répondaient des accidents majeurs (*casus majores*). Les uns devaient *præstare bonam fidem*, les autres *diligentiam*, les troisièmes *custodiam* et les quatrièmes *omne periculum*. Voilà quelle aurait été la théorie classique. Il y aurait eu, en droit classique, une catégorie de débiteurs qui devaient *præstare custodiam*, c'est-à-dire répondre de tous les accidents qui peuvent atteindre la chose que l'on a coutume de garder, à l'exclusion des accidents majeurs. Cette obligation spéciale de *præstare custodiam* aurait été imposée au commodataire, à l'*inspector*, au *locator rei*, au *conductor operis faciendi*, au dépositaire qui s'est offert à recevoir la chose en dépôt, au créancier gagiste, à l'usufruitier et au vendeur.

Cette théorie a été adoptée et défendue avec un rare talent par M. Schulz (1) ; Beseler l'a faite sienne, et Kübbler (3) ajoute qu'avec elle les oppositions que les textes font entre les différents contrats s'expliquent : d'après lui, le débiteur, dans le contrat conclu exclusivement dans l'intérêt du créancier, ne répond que de son dol ; lorsque le contrat est conclu dans l'intérêt des deux parties, il répond de son dol et de sa faute ; enfin, dans le contrat conclu exclusivement dans

(1) *Zeitschrift für privat und öffentliches Recht*, Bd. 38, p. 9 sq. — *Zeitschrift der S.-S.* Bd. 32, p. 71 sq. — *Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft*, Bd. 25, p. 477 sq. et surtout sa critique des *Studi sulla responsabilità per custodia* de Luigi Lusignani, paru dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsw.* Bd. XIV (1912), p. 22 sq. — Mais voir déjà Baron, *Archiv f. civilist. Prax.* Bd. LI (1869), pp. 45-95 et Bd. 78 (1892), pp. 203-310.

(2) *Beiträge* III, p. 185.

(3) *Festgabe für Gierke* (1910), p. 256 sq.

son intérêt (p. ex. : commodat), le débiteur répond de son dol, de sa faute et de sa *custodia*.

Mais elle a été vigoureusement critiquée par Lusignani (1) et De Medio (2), auxquels s'est associé Mitteis (3). En France, la question a été étudiée par Girard (4), Huvelin (5) et W. Buckland (6).

Nous ne pouvons pas entrer dans ce débat, où les plus grandes autorités de la science du droit romain sont engagées. Nous ferons simplement remarquer, et c'est suffisant pour la question qui nous occupe, que M. Haymann nous semble avoir définitivement prouvé, dans le dernier travail paru sur la question (7), que le vendeur en droit classique ne doit ni la *diligentia*, ni la *custodia*. Il répond seulement de son dol et des actes qu'il commettrait relativement à la chose, et qui seraient contraires à la bonne foi inscrite dans l'action de vente. Par conséquent, l'explication donnée par Seckel de la règle : *periculum est emptoris* n'est pas bonne. En outre, même si le vendeur devait la *custodia*, et si par conséquent les *casus minores* étaient à sa charge, l'objection que nous adressons à la règle des risques de la compilation, en constatant qu'elle est en opposition avec le principe d'interdépendance des obligations des parties dans un contrat synallag-

(1) *Studi sulla responsabilità per custodia* (2 vol.), 1902-1903.

(2) *Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano*, vol. 20 (1908), p. 157 sq.

(3) *Berichte*, 1910, pp. 270-271.

(4) *Manuel*, p. 664 sq.

(5) *Etudes sur le furtum*, etc., I, p. 350.

(6) *L'intérêt dans l'actio furti en droit classique*, article paru dans la *Nouvelle revue historique* (1917), pp. 5-47.

(7) *Über Haftung für Custodia*, in *Zeitschrift d. S.-Sl.* Bd. 40, p. 236-254 sq. 273 sq.

matique, subsiste au moins pour les *casus majores*. Remarquons enfin qu'aucun texte ne contient cette division des cas fortuits en *casus minores* et en *casus majores*.

IX. — Après tant d'efforts dépensés inutilement pour expliquer cette contradiction impossible en droit classique, Pernice (1) croit que notre règle s'explique historiquement comme un reste des temps où la vente a été un contrat réel. C'est seulement en recourant à cette hypothèse qu'on peut expliquer en outre certaines autres particularités de la vente dans le droit classique, et dont il a été impossible de présenter une explication logique. Voici l'ensemble de ces particularités :

1° Passage des risques à l'acheteur au moment de la perfection du contrat ;

2° Exigence de la bonne foi au moment de la perfection du contrat pour l'*usucapio pro emptore* ;

3° Transfert de la propriété, par la tradition de la chose vendue, limité au cas où le prix a été payé ou crédité (*wenn der Kaufpreis gezahlt oder creditiert ist*) ;

4° Existence de l'exception *non adimpleti contractus*, par laquelle le vendeur poursuivant le paiement du prix est repoussé, s'il n'a pas auparavant livré la chose, ou s'il n'en offre pas la livraison au moment où il agit (2).

(1) PERNICE, M. A. *Labeo* (Halle 1873), Bd. I, p. 456 sq.

(2) Notre maître, M. HUVELIN, a étendu et solidement appuyé cette hypothèse d'origine réelle à tous les contrats synallagmatiques (Darembert et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v. *Obligatio*, p. 138). Les contrats consensuels « ne

Cette hypothèse d'une origine réelle de la vente est bien possible (1) ; nous ne la discuterons pas. Nous remarquerons seulement que Pringsheim a prouvé (2) que le troisième principe invoqué par Pernice est d'origine byzantine ! Le quatrième s'explique par le caractère de la vente classique. Mais supposons avec Pernice que ces deux derniers principes s'expliquent comme garanties données aux parties lors de la transformation de la vente réelle en vente consensuelle. Originellement, le paiement du prix et la mancipation coïncidaient ; mais lorsqu'on donna à l'acheteur qui n'avait pas payé le prix l'*exceptio mercis non traditæ*, pour repousser le vendeur que devait, comme à l'origine, commencer l'exécution du contrat, on considéra qu'il était juste de garantir le vendeur contre l'acheteur, en refusant à la tradition non accompagnée du paiement du prix le pouvoir de transférer la propriété.

Mais, s'il en est ainsi, les deux autres principes, concernant le passage des risques et l'exigence de la bonne foi au moment du contrat, pour que l'acheteur

sont à vrai dire que des contrats réels perfectionnés, et leur caractère réel originaire se manifeste encore par l'existence (pour ceux d'entre eux qui sont synallagmatiques parfaits) (n. 6 : le mandat, contrat synallagmatique imparfait, a aussi des origines réelles, s'il est vrai, comme l'a pensé WLASSAK (*Zur Geschichte der negotiorum gestio*, 1879), qu'il dérive de la *negotiorum gestio*, qui elle-même naît *ex re*) de l'*exceptio non adimpleti contractus*, par leur première sanction, qui a consisté sans doute dans une *condictio* fondée sur l'enrichissement sans cause (n. 7 : pour la vente voir PERNICE, *Labeo*, I, p. 456 sq.) et par le système de *mutuus dissensus* qui n'éteint plus les obligations consensuelles lorsque l'une d'elles a été exécutée (n. 8 : GIRARD, *Manuel*, 3^e éd., p. 710) ».

(1) Contre GIRARD, *Manuel*, p. 546, n° 3. — HAYMANN, *Zeitschrift der S.-S.* Bd. 40 (1919), p. 335, n° 6, p. 336, p. 345, et Bd. 41, de la même publication, p. 57.

(2) *Der Kauf mit fremdem Geld* (1916), p. 50 sq. et 88. V. plus loin chapitre IV.

puisse usucaper *pro emptore*, paraissent, comme le remarque Pernice lui-même, être en contradiction avec ces idées. On peut les expliquer, dit Pernice, par cette idée fondamentale que la chose est considérée comme étant déjà passée dans le patrimoine de l'acheteur (1). Mais il remarque lui-même que cette explication ne cadre nullement avec l'idée qui a présidée à la création de l'exception *mercis non traditæ*, par laquelle on a voulu protéger l'acheteur ; si on a voulu le protéger par un principe, pourquoi le sacrifier à un autre, basé sur une idée contraire à celle qui se trouve à la base du premier ? En désespoir de cause, Pernice ajoute (2) : « En réalité, la distinction du passage de la propriété de celui des risques est tellement fine qu'on ne pourrait l'attribuer qu'à la jurisprudence. Elle se présente comme une transaction entre une doctrine plus vieille qui considérait la perfection de la vente comme coïncidant avec le passage de la propriété, et une théorie plus récente qui séparait le contrat obligatoire du contrat réel. Le sens commun n'a pas pu s'habituer à cette subtilité. »

L'hypothèse à laquelle Pernice se trouve contraint de recourir n'est donc pas le résultat d'une critique objective ; elle est faite exprès pour justifier et expliquer ce principe inexplicable dans la vente classique. C'est pourquoi elle n'a point eu de succès, et les auteurs ont été obligés de chercher d'autres explications de notre principe.

(1) PERNICE, *Labeo*, I, p. 462. V. WINDSCHEID, cité plus haut, et REGELSBERGER, *Ueber die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag*, in *Krit. Viert.-Schrift*. Bd. 13 (1871), p. 94 sq.

(2) *Labeo*, I, p. 462, n° 9.

X. — Nous mentionnons, pour mémoire, une autre explication de notre règle qui a eu une certaine faveur. D'après ses défenseurs, la vente consensuelle est un contrat productif d'obligations. Les obligations réciproques de l'acheteur et du vendeur doivent, à un moment, coexister, pour que le contrat se forme ; elles sont la raison d'être l'une de l'autre. Mais, une fois le contrat formé, ces obligations sont désormais indépendantes l'une de l'autre : l'une peut s'éteindre et l'autre subsister. Un événement postérieur ne peut pas empêcher le contrat d'avoir existé et d'avoir produit les effets que sa nature comporte. L'acheteur s'est obligé à payer un prix pour que le vendeur s'obligeât à lui procurer une chose ; le vendeur s'est obligé ; l'acheteur est devenu créancier ; il a atteint son but. Son obligation de donner un prix a toute sa raison d'être ; sa créance contre le vendeur aura les résultats utiles qu'un droit de cette nature engendre. Les risques ne sont courus par l'acheteur que lorsque le vendeur lui a promis un corps certain. Ils tiennent à la différence d'objet des deux obligations et à l'application des deux règles : *debitor speciei certæ ejus interitu liberatur ; genera non pereunt*. L'acheteur subit les chances attachées à une créance de corps certain et à une dette de genre. Si la chose vendue périt fortuitement, le vendeur est libéré par cette perte, comme il le serait par l'exécution de sa dette ; il peut donc exiger de l'acheteur l'exécution d'un contrat qu'on ne saurait lui reprocher de n'avoir pas

exécuté ; le prix convenu reste donc exigible, nonobstant la perte de la chose (1).

Cette prétendue explication n'est qu'une pétition de principe. Loin d'être indépendantes, nous avons vu qu'au contraire les obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur sont liées l'une à l'autre (2). Il est de principe, dans les contrats synallagmatiques, que le droit d'exiger l'exécution de la contre-prestation existe seulement si on a exécuté sa propre obligation (3).

Quant à l'argument que les partisans de cette explication tirent de la règle : *debitor speciei certæ*, nous avons vu ce qu'il faut en penser à propos de l'explication que nous avons rapportée en premier lieu. Cette explication est donc fantaisiste, et la règle : *periculum est emptoris*, bien loin d'être « fondée sur les principes généraux » (4), leur est tout à fait contraire.

Accarias a senti l'objection, c'est pourquoi il ajoute (5) que notre règle n'est au fond que l'expression probable de la volonté des parties. Ainsi notre règle ne serait qu'une règle d'interprétation, et ce qui prouverait l'exactitude de ce point de vue, c'est que par une convention formelle les risques peuvent être rejetés sur le vendeur (l. 35 § 4 Dig. 18, 1).

(1) LABBÉ, *Des risques*, etc., dans ses *Etudes citées*, n° 83. — Voir aussi dans ce sens : POTHIER, *Vente*, n° 307. — ORTOLAN, *Explication historique des Institutes* (2° éd. 1843), II, p. 839. — DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain* (3° éd. 1876), II, p. 350. — FAUCHILLE, *Th. citée*, pp. 56-58. — MAYNZ, *Cours*, II, § 177, p. 37 et § 210, n° 8. — ACCARIAS, *Précis*, II, n° 612, p. 463.

(2) GIRARD, *Manuel*, pp. 557-558. — HAYMANN, *Z. S.-S.* Bd 41 (1920), p. 49 et n. 1. Voir aussi le commencement de ce paragraphe.

(3) WINDSCHEID, *Pand.* II, § 321, n° 16.

(4) MAYNZ, *loc. cit.*

(5) *Précis*, II, p. 462, n° 612.

Mais, comme l'a bien remarqué M. Girard (1), le fait que la règle n'a qu'un caractère interprétatif ne la justifie pas si elle est mauvaise, comme c'est le cas. Car il aurait mieux valu poser la présomption inverse.

XI. — Il faut mettre à part un autre groupe d'auteurs qui, eux aussi, croient que notre règle s'explique par l'indépendance du droit du vendeur d'exiger le prix de son obligation de livrer la chose. Seulement, si les auteurs dont nous venons d'examiner l'opinion dans le paragraphe précédent, ont cherché l'explication de notre règle dans les principes généraux, et s'ils ont essayé d'y trouver la preuve de cette indépendance, cet autre groupe d'auteurs a une argumentation spéciale. Voici leur raisonnement :

De nombreux textes : ainsi, Gaius, IV, 126 *a* ; l. 25 Dig. 19, 1 ; l. 68 pr. Dig. 21, 2 ; l. 5 § 4 Dig. 44, 4 décident que l'acheteur poursuivi en paiement du prix pourra se défendre contre le vendeur qui n'a pas exécuté son obligation, par l'*exceptio mercis non traditæ*. Si donc, dit-on, l'acheteur a besoin d'une exception pour éviter d'être condamné à payer, cela prouve que la demande du vendeur est valablement formée, et qu'il n'est pas obligé de livrer la chose pour pouvoir exiger le prix. Qu'est-ce à dire, sinon que son droit au prix est indépendant de son obligation de livrer la chose (2) ?

(1) *Manuel*, p. 559, n. 1.

(2) Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation* (Heidelberg, 1868), p. 65 et 69 ; Puchta, in *Bekkers Jahrbücher*, Bd. V. Abh. 5 ; Bekker, *Jahrbüch.* Bd. V, Abh. 6 ; Saleilles, *Oblig.*, p. 117 sq ; Windscheid et Vangerow sont aussi partisans de la théorie que l'*exceptio mercis non traditæ* est une véritable exception. Comp. Girard, *Manuel*, p. 544, n° 3.

Ce raisonnement serait exact si la soi-disant exception *mercis non traditæ* était une véritable exception qui paralyse une demande valablement formée. Mais il n'en est pas ainsi. Car, pour que le vendeur puisse introduire valablement sa demande contre l'acheteur, il faut qu'il offre à celui-ci la livraison de la chose ; cette offre par lui de la prestation qu'il doit est un des éléments nécessaires de sa demande.

Les textes qu'on a invoqués dans le sens contraire, pour corroborer le raisonnement rapporté plus haut, ne peuvent pas être invoqués dans la controverse, parce qu'ils se rapportent au cas où on a fait un contrat verbal. L'exception dont ils parlent n'était pas destinée à paralyser l'*actio venditi*, mais l'action née d'un contrat verbal, d'une stipulation abstraite (1).

L'existence de ce contrat verbal, dans le cas dont s'occupe Gaius, IV, 126 *a*, a été prouvée par Lenel (2) : les banquiers qui faisaient les ventes aux enchères avaient l'habitude de se faire promettre le prix par contrat verbal.

Le même Lenel (3) a aussi prouvé l'existence du contrat verbal, dans le cas dont s'occupe la l. 25 Dig. 19, 1.

En ce qui concerne la l. 68 pr., Dig. 21, 2, l'existence de la stipulation ressort des termes mêmes du texte : *quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit*.

(1) Keller in *Bekkers Jahrbücher*, Bd. IV, p. 337 (1860). Dans le même sens Karlowa, *De natura atque indote συνάλλαγματος* Bonn. 1862 ; Tiktin, *De natura bilateralium obligationum*, Berolini 1867, cités par Dernburg, *op. cit.*, p. 63, n. 2. — Voir aussi Haymann, *Z. S.-S.* Bd. 41 (1920), p. 55 sq. Girard, *Manuel*, p. 544, n. 3.

(2) *Edictum*, I, § 272.

(3) 713 : *De stipulationibus*.

La l. 5 § 4 Dig. 44, 4 est un peu plus difficile à écarter de la discussion.

Paulus libro septuagesimo primo ad edictum.

Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino : agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet jam is qui vendidit domino pretium solverit (etiam mercis non traditæ exceptione summoveatur et qui pecuniam domino jam solvit) et ideo is qui vendidit agit adversus dominum. eandem causam esse Pedius ait ejus, qui negotium nostrum gerens vendidit.

D'après M. Girard (1), cette loi « ne fait qu'argumenter des règles de l'exception et ne tranche donc ni dans un sens ni dans l'autre, la question de savoir si elle est donnée contre l'action du contrat consensuel ou contre celle du contrat verbal ».

Mais il faut aller plus loin et écarter ce texte de la discussion, puisqu'il n'est pas pur. Haymann a prouvé(2) que *etiam mercis non traditæ exceptione summoveatur et qui pecuniam domino jam solvit* est une glose post-classique. *Etiam... et qui* — pourquoi ce *et* ? La désignation du vendeur par *is qui pecuniam domino jam solvit* est une tournure insolite. Si on supprime cette glose, le texte devient net et ne fournit aucune indication en faveur de la théorie qui considère que l'exception *mercis non traditæ* était une véritable exception.

(1) Manuel, loc. cit.

(2) Z. S.-S. Bd. 41, p. 55.

Reste enfin la c. 5, Cod. 8, 44 (45) :

Imp. Antoninus A. Patroinæ.

Ex prædiis, quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur : id enim fiet si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.

Mais, pour ce texte aussi, Haymann a prouvé qu'il a été retouché. Il faut, en tout cas, en enlever la phrase finale (*id enim.... opposueris*), parce qu'elle contient une énormité. L'empereur commence par dire à l'acheteur : par l'*actio ex empto*, tu pourras obtenir que le vendeur libère les fonds que tu as achetés. Puis il continuerait, d'après notre texte :

« Car la même chose arrivera si tu opposes l'*exceptio doli* au vendeur agissant *ex vendito* en paiement du prix. » L'exception permet à l'acheteur de se soustraire au paiement du prix : c'est normal ; mais comment concevoir qu'on puisse obtenir la libération du fonds vendu (*id enim fiet*) en opposant cette exception au vendeur qui poursuit le paiement du prix (1) ? Nous en concluons que ce texte ne peut pas être invoqué pour prouver l'existence, dans le droit classique, d'une prétendue exception *mercis non traditæ* ; l'acheteur poursuivi en paiement du prix n'avait pas besoin d'une exception pour se défendre :

(1) Si on met avec Krüger *idem* à la place de *id enim*, la difficulté n'est pas amoindrie.

le vendeur ne pouvait pas introduire valablement sa demande, sans avoir prouvé qu'il avait exécuté son obligation.

Conformément à ce principe, les classiques ne protégeaient pas non plus le vendeur par une exception, et tout le monde est d'accord sur ce principe (1) : l'acheteur ne peut pas exiger la livraison de la chose sans offrir le prix. La l. 13 § 8 Dig. 19, 1 est formelle :

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Offeri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio : venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit (2).

En résumé, la preuve de l'indépendance des obligations des parties au contrat de vente, qu'on a voulu tirer de l'existence d'une véritable exception *mercis non traditæ*, n'en est pas une. Cette exception n'existait pas; les textes n'en parlent pas, ou ceux qui en parlent ne sont pas purs.

XII. — Beaucoup d'auteurs ont essayé d'expliquer notre règle historiquement : elle serait le reste d'un temps où les obligations des deux parties naissaient et s'exécutaient indépendamment (3).

(1) Dernburg, *op. cit.*, pp. 69 et 70.

(2) Voir aussi l. 22 Dig. 18,4 ; l. 31 § 8 Dig. 21,1 ; l. 14, § 1 Dig. 47,2.

(3) Girard, *Manuel*, p. 546. V. dans la note 4 la bibliographie et discussion. Comp. Bechmann, *Kauf* I, pp. 543, 592 sq. Dernburg, *Comp.*, p. 67 et *Pandekten*, II, §§ 20 et 96. Hofmann, *Ueber das Perikulum beim Kaufe* (1870), pp. 22 et 179 et *Beilage* I et II. Duguít, *Thèse*, Bordeaux 1882, p. 28.

Ainsi, d'après Hofmann (1), la vente se concluait à l'origine à l'aide de deux contrats verbaux. Chaque contrat verbal ne produisant d'obligation que dans la personne du promettant, les obligations des deux parties avaient des sources différentes et étaient par conséquent indépendantes l'une de l'autre. Le principe : *periculum est emptoris* était ici à sa place. Les Décemvirs, lors de la rédaction des XII Tables, auraient fait des deux contrats verbaux un contrat unique, et, suivant en cela l'exemple grec, auraient perpétué l'ancien état de fait, c'est-à-dire laissé les risques à la charge de l'acheteur.

Si nous laissons de côté le prétendu emprunt fait au droit grec, qui n'est basé que sur un récit invraisemblable d'envoi en Grèce d'une commission d'études (2), cette explication paraît assez séduisante. Elle a été adoptée par M. Girard, qui, après avoir passé en revue les différentes explications qu'on a données de notre règle, s'exprime en ces termes : « Nous n'en croyons pas moins que la grande raison de l'existence du système est dans la tradition, dans les habitudes d'esprit contractées avant la naissance de la vente consensuelle et de bonne foi qui y ont fait conserver les règles produites auparavant par l'indépendance naturelle des deux stipulations ; la théorie des risques est même, à notre sens, un vestige singulièrement frappant du temps où les deux obligations du

(1) *Op. cit.*, p. 179.

(2) GIRARD, *Manuel*, p. 24. D'ailleurs, comme nous le verrons dans notre chapitre IV, le droit grec ne connaissait pas une vente consensuelle pareille à la vente classique. Contra Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, vil. IV, p. 105.

vendeur et de l'acheteur naissent de deux contrats distincts » (1).

Reste à prouver cette origine de la vente. A cet effet, les auteurs invoquent un texte de Varron, *De re rustica*, II, 2, 5 et 6 :

De reliquo antiqua fere formula utuntur. Cum emptor dixit : « tanti sunt mi emptæ ? », et ille respondit : « sunt », et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic : «... hæc sic recte fieri spondesne ? » Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum. Nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Le sens de la dernière phrase serait le suivant : l'acheteur peut être poursuivi en paiement du prix, par le vendeur, même si celui-ci n'a pas accompli son obligation (2). Notre texte prouverait ainsi que chaque partie a le droit d'exiger l'exécution de la prestation à elle due, sans avoir elle-même exécuté la prestation mise à sa charge, autrement dit, que les obligations naissant du contrat de vente sont indépendantes l'une de l'autre.

Mais ce n'est pas ce qui se trouve dans notre texte. Il ne se rapporte pas à de véritables stipulations, contrats verbaux ; les stipulations dont il parle sont de

(1) *Manuel*, p. 559.

(2) V. BECHMANN, *Der Kauf*, I, p. 570, n. 1.

simples questions et réponses sans forme, dont on se servait pour conclure la vente consensuelle (1).

Il commence par nous dire que la propriété du troupeau vendu n'est transféré à l'acheteur que si on lui en a fait la tradition, qui s'effectue par le dénombrement. Il ajoute ensuite que l'acheteur *dont il s'agit* peut poursuivre le vendeur et le faire condamner *ex empto vendito*, si celui-ci se refuse à procéder à la tradition. Mais il ne dit pas que *tout* acheteur peut agir contre son vendeur et qu'il importe peu que l'acheteur ait ou non exécuté son obligation. Pourquoi, alors, l'acheteur dont il est question dans le texte de Varron, peut-il agir contre le vendeur? Parce qu'il se trouve dans une situation particulière : il a donné une sûreté au vendeur (*expromisit nummos*). L'acheteur qui assure (*pro eo satis facere*) le prix au vendeur est considéré comme s'il l'avait payé (2). L'habitude de donner une garantie au vendeur était générale (3). Mais notre texte ne dit nullement que l'acheteur, sans assurer le vendeur ou le payer, pourra exiger la livraison de la chose. C'est pourquoi, comme l'a remarqué Haymann (4), il n'y a aucune différence de principe entre ce texte et un autre texte de Marcellus, qui forme la l. 31 § 8 Dig. 21, 1 :

Ulpianus libro primo ad edictum ædilium
curulium.

(1) PERNICE, *Labeo*, I, p. 458 ; voir dans la note 16 les textes à l'appui de ce point de vue.

(2) PERNICE, *Labeo*, p. 459, et surtout note 15 où se trouvent les textes à l'appui.

(3) V. CATON, de r. r., 146,3. V. aussi 149. CICERON, de off. 3,59.

(4) Z. S.-S., Bd. 41, p. 52.

(§ 7. Si servus communis servum emerit...)

§ 8. Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit : et hoc in emptoribus servari oportere ait ; nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet quoad emptor satisfaciat.

La même décision se trouve dans un texte de Labéon, l. 78 § 2 Dig. 18, 1.

Nous pouvons conclure qu'à aucun moment de l'histoire du droit romain, le droit de l'acheteur d'exiger la tradition de la chose n'a été indépendant de son obligation de payer le prix. Il devait payer, ou au moins fournir une sûreté au vendeur, s'il ne voulait pas échouer dans sa demande.

Et le vendeur ? Peut-il exiger le prix, d'après notre texte, sans livrer la chose ? Nullement ; le texte dit simplement que le vendeur peut poursuivre l'acheteur si celui-ci ne paie pas ; mais il ne dit pas qu'il puisse le poursuivre même avant la tradition de la chose (1). Le texte établit un parallèle entre *si non tradet* et *si non reddit pretium*, et non entre *quamvis non solverit nummos* et *quamvis non tradiderit*, qu'il ne mentionne même pas. Mais, observe justement M. Haymann (2), si même nous étions autorisés à ajouter *quamvis non tradiderit* après *ut ille*, cela signifierait tout simplement qu'anciennement les Romains considéraient qu'une partie quelconque au contrat

(1) Dans ce sens Dernburg, *Compens.*, p. 67.

(2) *Z. S.-S.*, Bd. 41, p. 53.

de vente, poursuivie en exécution de son obligation, était assez protégée par la possibilité d'obtenir un jugement contre le demandeur. Mais il ne s'ensuit pas de là que les Romains donnaient ce moyen de protection (possibilité d'obtenir un jugement contre le demandeur) à une partie, même lorsque l'objet de sa propre obligation était détruit : cet objet n'existait plus, le droit de la partie adverse d'en exiger la livraison était éteint, et le danger auquel devait parer ce moyen de protection disparaissait.

Conclusion : le texte cité de Varron ne fournit aucun argument pour la théorie d'après laquelle il fut un temps où les obligations du vendeur et de l'acheteur étaient indépendantes. S'il en est ainsi, la règle : *periculum est emptoris*, contraire à l'essence de la vente classique, ne peut pas être expliquée par l'indépendance des obligations du vendeur et de l'acheteur en droit classique.

Contrairement à ces deux dernières explications de notre règle, on peut prouver, par de nombreux textes, que les classiques considéraient que les obligations du vendeur et de l'acheteur dépendaient l'une de l'autre.

Ainsi, d'abord, la l. 34, § 3 Dig. 18, 1 :

Paulus libro trigensimo tertio ad edictum.

Si emptor solus scit (furtivum esse quod venit), non obligetur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit præstet.

Paul ne sait rien d'une prétendue exception en faveur de l'acheteur. Le même point de vue est celui de *Celsus filius*, dans la l. 29 pr. Dig. 21, 2 :

Pomponius libro undecimo ad Sabinum.

Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonæ fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem (1).

Bien plus, cette dépendance était tellement chère aux classiques qu'ils décidaient que l'extinction de l'obligation de l'une des deux parties entraînait l'extinction de l'obligation de l'autre partie. Ainsi, au cas où l'obligation de l'acheteur ou celle du vendeur disparaissait à la suite d'une acceptilation qui lui avait été faite par son co contractant, l'obligation de ce co contractant disparaissait aussi. L. 5 pr. Dig. 18, 5 :

Julianus libro quinto decimo digestorum.

Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.

(1) V. aussi Papinien dans les *Fr. Val.* 12 (l. 19 § 1 Dig. 18,1).

De ce texte, il faut en rapprocher un autre ; c'est la l. 23 Dig. 46, 4 :

Labeo libro quinto pithanon a Paulo epitomatarum.

Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. Paulus : immo cum locatio conductio, emptio, venditio conventionem facta est et nondum res intercessit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione.

Si l'exécution de la prestation de l'une des deux parties dans un contrat synallagmatique, remarque M. Haymann (1), était complètement indépendante de l'exécution de la prestation de l'autre partie, dans le droit préclassique, il ne serait pas compréhensible que déjà Labéon eût senti le besoin de souligner que l'acceptilation que je vous fais de votre dette ne me libère pas *nécessairement* de ce que je vous dois, En tout cas, dans le droit classique, Julien décide, comme le montre la l. 5 pr. Dig. 18, 1 précitée, que, conformément au principe d'interdépendance des obligations naissant d'un contrat synallagmatique, l'extinction de l'obligation de l'une des parties par l'acceptilation entraîne l'extinction de l'obligation de l'autre partie. Le même Julien décide, dans la l. 56 Dig. 2, 14, ainsi que Nerva Atilicinus dans la l. 16 Dig. 34, 3, et Ulpien, dans la l. 5 Dig. 19, 2, que le bailleur peut faire remise de dette à son locataire, mais rester *quand même* tenu

(1) *Zeitschrift der S.-S.* Bd. 41, p. 58.

de son obligation envers celui-ci. Qu'est-ce à dire, sinon que, normalement, l'extinction de l'une des deux obligations dans le louage, contrat synallagmatique, entraîne l'extinction de l'autre obligation ? Et, dans la note sur Labéon (l. 23 Dig. 46, 4), Paul traite de la même façon la vente et le louage.

Cette dépendance des obligations dérivant du contrat de vente ressort aussi de la décision des classiques, qu'il est contraire à la bonne foi que le vendeur reste tenu de livrer la chose, si, par l'effet d'une loi, l'acheteur a été libéré de son obligation de payer le prix (1). Pourquoi déciderait-on différemment au cas où c'est le vendeur qui est libéré de son obligation à la suite d'une loi ?

La même idée de dépendance inspire la décision de *Celsus filius* (l. 29 pr. Dig. 21, 2), qu'il est contraire à la bonne foi que l'acheteur paie le prix, s'il n'obtient la possession de la chose vendue qu'à un autre titre, par exemple, après l'avoir achetée du véritable propriétaire (2). On peut en trouver une autre preuve dans un texte de Julien, qui forme la l. 84, § 5, Dig. 30.

Mais on ne peut pas prendre en considération la l. 11, § 18, Dig. 19, 1, d'après laquelle il est contraire à la bonne foi qu'en cas d'exclusion de toute garantie

(1) L. 50 Dig. 19, 1 : *Labeo libro quarto posteriorum a Javoleno epitomatorum. Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditæ debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est ut rem venditor æque amitteret, utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.* — Ce texte est sûrement interpolé. *Compelletur* après *ut*. — La trivialité *re sua careret* après le présent *patitur*. Mais le fond de la première phrase qui nous intéresse seule est sûrement classique. V. Haymann. Z. S.-S. Bd. 41, pp. 58-59.

(2) V. le texte plus haut, p. 108.

pour cause d'éviction, le vendeur, qui ignorait que la chose ne lui appartenait pas, garde le prix après l'éviction de l'acheteur. Car, comme l'a prouvé M. Haymann, cette loi est gravement interpolée (1).

Ulpianus libro trigesimo ad edictum.

Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat præstare. et multum interesse arbi-
tror, utrum hoc polliceatur per se venientesque
a se personas non fieri, quo minus habere liceat,
an vero per omnes. nam si per se, non videtur
id præstare, ne alius evincat : proinde si evicta
res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipu-
latu non tenebitur, sive non est interposita, ex
empto non tenebitur. sed Julianus libro quinto
decimo digestorum scribit, etiamsi aperte vendi-
tor pronuntiet per se heredemque suum non fieri,
quo minus habere liceat, posse defendi ex empto
eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris
interest, verum tamen ut pretium reddat teneri.
ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in
venditione comprehendatur nihil evictionis no-
mine præstatum iri ; pretium quidem deberi re
evicta, utilitatem non deberi : neque enim bonæ
fidei contractus hac patitur conventionem, ut emp-
tor rem amitteret et pretium venditor retine-
ret. nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra
scriptas conventiones recipiet, quemadmodum
recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis
merx ad emptorem non pertineat, veluti cum

(1) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Bd. 41 (1920), pp. 59 sq.

futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe. nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium præstare necesse habebit : sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi forte sciens alienum vendit : tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit.

Les indices de forme sont nombreux. — *Habere licere vendidit !* — Tout le texte est parsemé de *nam si, sed si, nisi*, introduisant des hypothèses différentes et s'opposant l'une à l'autre.

Mais ce qui prouve surtout l'interpolation de ce texte, ce sont les indices de fond. D'après notre texte, Julien aurait décidé qu'au cas d'une exclusion de toute garantie pour cause d'éviction, l'acheteur, après l'éviction, peut en se basant sur la bonne foi exiger la restitution du prix du *venditor ignorans*. Cette décision n'est pas de Julien ; il n'est pas possible que ce jurisconsulte ait basé sur la bonne foi le droit de l'acheteur évincé de répéter le prix, si le contrat exclut toute garantie pour cause d'éviction. La preuve en est que, dans le § 15 de notre texte, le même Julien admet la validité d'une clause limitant dans le temps la garantie pour cause d'éviction. Alfenus Varus proclame déjà qu'une telle clause est valable (40 pr. Dig. 18, 1). M. Haymann a prouvé (1) que, quoique le § 16 de notre texte soit interpolé, on peut

(1) *Zeitschrift der S.-S.* Bd. 40, p. 309, n. 1, et Bd. 41, pp. 60 sq.

en déduire quand même que Julien refusait à l'acheteur le droit d'agir contre le créancier gagiste, son vendeur, pour cause d'éviction, non pas à cause de la nature particulière de l'opération, ou parce que des constitutions avaient consacré cette décision, mais parce qu'il était convenu entre les parties que la garantie pour cause d'éviction serait exclue.

Cette clause donc était valable, et Julien lui-même, auteur prétendu du texte que nous examinons, lui donnait tout son effet. La contradiction qui semblait exister entre Papinien (l. 68 pr. Dig. 21, 2) (1) et Tryphoninus (l. 12 § 1 Dig. 20,5) d'un côté, et le prétendu Julien de la l. 11 § 18 Dig. 19, 1, n'existe pas. Tous les classiques admettent la validité de la clause d'exclusion totale de garantie pour cause d'éviction. Ce n'est donc pas Julien qui a pu écrire « neque enim bonæ fidei contractus hac patitur conventione (!) ut emptor rem amitteret (!) et pretium venditor retineret (!) ».

A l'appui de notre thèse nous pouvons encore invoquer un autre argument, celui que fournit l'*emptio spei*, qui était cher aux classiques et qu'ils employaient quand ils voulaient donner une idée de la liberté donnée aux parties (V. l. 10 Dig. 18, 4 ; l. 7 Dig. 18, 4). Une *emptio spei* est valable. Alors, « puisque une chose objectivement incertaine peut être achetée, ce qui arrive au cas d'*emptio spei*, pourquoi, au cas d'acquisition d'un droit objectivement déterminé, mais

(1) L. 68, pr. 21,2 : Papinianus libro undecimo responsorum. cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evicitione secuta creditor præstet : quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evicitione secuta nullam emptor exceptionem habebit.

dont l'étendue est inconnue seulement des parties — et c'est le cas lorsque le vendeur de bonne foi stipule une exclusion totale de garantie pour cause d'éviction, — protègerait-on l'acheteur contre sa volonté de ne pas être garanti ? » (1). Il est évident que tout acheteur qu'on ne garantit pas pour cause d'éviction promet un prix de beaucoup inférieur à la valeur de la chose ; s'il en est ainsi, cet acheteur serait mal venu de se plaindre d'être trompé, et de réclamer la restitution du prix au vendeur de bonne foi. L. 11 pr. § 1 Dig. 19,1.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Ex empto actione is qui emit utitur. § 1. et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod præstari convenit ; cum enim sit bonæ fidei iudicium, nihil magis bonæ fidei congruit quam id præstari, quod inter contrahentes actum est.

S'il en est ainsi, Julien n'a pas pu décider que les stipulations *per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat*, et *nihil evictionis nomine præstatum iri*, avaient les mêmes conséquences juridiques. Il a dû opposer la première à la seconde : si la dernière stipulation libère le vendeur de bonne foi de toute responsabilité pour cause d'éviction, la première lui permet d'être quitte envers l'acheteur en lui restituant le prix, au cas où un *extraneus*

(1) HAYMANN, Z. S.-S.. Bd. 40, p. 61.

a évincé l'acheteur : il n'est pas tenu jusqu'au montant de l'intérêt de l'acheteur (1). Les Basiliques (2) confirment complètement ce raisonnement :

Item si vendidero tibi, ut neque per heredem meum, vel venientes a me personas fiat, quominus habere tibi liceat, et alius rem venditam evincerit : non teneor actione ex stipulatu, neque actione ex empto ad id, quod interest, sed ad restitutionem pretii : nisi pactus fuerim, nihil præstitum iri, si res evincatur, dum ignorans rem alienam vendo. Nam qui scit, licet hoc convenerit, actione ex empto tenetur, non autem is qui ignoravit. Nam fieri potest, ut venditor pretium lucretur, et emptor rem non habeat, velut in piscatione et venatione. Nam tametsi nihil captum fuerit, tamen emptor pretium præstet.

Nous concluons cette critique de la l. 11 § 18 Dig. 19, 1, en disant avec Haymann (3) qu'elle ne peut pas être invoquée pour prouver la dépendance des obligations naissant de la vente ; par conséquent, elle ne peut pas être invoquée contre la classicité de la règle *periculum est emptoris*. Mais elle nous fournit l'occasion de trouver un argument contre cette règle dans la manière dont les classiques expliquent les conséquences pratiques de la validité de la clause d'exclusion totale de la responsabilité pour cause

(1) HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 41, p. 62.

(2) 19, 8, 11 ; Heimbach II, p. 288-289 ; Contrà, Riccobono, *Bullettino Ist. D. Rom.*, vol. 8, p. 188, n. 4, et De Medio, *Bullettino Ist. D. R.*, vol. 16, p. 15, n. 3.

(3) Z. S.-St. Bd. 41, p. 63.

d'éviction, c'est-à-dire l'acquisition du prix au vendeur malgré la perte de la chose. Ils disent que la vente comportant une clause pareille est analogue à la *venditio spei*, dans laquelle il peut arriver que l'acheteur reçoive une valeur bien plus importante que le prix payé par lui, de même qu'il peut arriver qu'il ne reçoive rien. L'acheteur court les risques, puisque cette vente est aléatoire. Or, ils n'auraient pas eu besoin de cette analogie pour justifier les conséquences pratiques de la validité de la clause d'exclusion de toute responsabilité pour cause d'éviction, si le principe : *periculum est emptoris* leur avait été connu. Car avec ce principe toute vente, à raison de dispositions légales (par exemple de dispositions expropriant le vendeur), a un certain caractère aléatoire. Ils n'auraient eu qu'à rappeler la règle générale : *periculum est emptoris*, et non à expliquer notre clause par l'exemple particulier de l'*emptio spei*. Il est donc évident qu'ils ne connaissaient pas le principe d'après lequel les risques passent à l'acheteur, dès que la vente est parfaite et dès avant la tradition. S'ils ne connaissaient pas ce principe, ils en connaissaient forcément un autre, d'après lequel jusqu'à la tradition les risques restent à la charge du vendeur. — Mais n'anticipons pas : nous nous sommes déjà assez éloigné de notre but qui est de prouver qu'aucune des explications de notre règle n'est satisfaisante. Revenons-y, et voyons une dernière explication proposée.

XIII. — Quelques auteurs, tout en reconnaissant la contradiction qui existe entre notre règle et le prin-

cipe de liaison des obligations des parties dans un contrat synallagmatique, pensent que la raison juridique de notre règle se trouve dans la justice (*Billigkeit*) (1). Voilà comment ils raisonnent : les juristes romains en créant la théorie des risques ont eu en vue l'obligation du vendeur à la *custodia* (V. l. 1 ; l. 2 ; l. 4 Dig. 18, 6). Et alors, puisque les textes obligent le vendeur comme un *debitor speciei* à partir de la conclusion du contrat à prester la *custodia plena* et le font répondre pour sa moindre *faute* (*das geringste Versehen*), il est juste que l'acheteur, qui à partir de la conclusion du contrat peut considérer la chose comme sienne (2) et compter sur ses améliorations, supporte aussi les risques. La l. 14 pr. in fine Dig. 47, 2 dit : « *Et sane periculum rei venditæ ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor præstet* ».

Nous avons déjà vu que la majorité des auteurs trouvent que la règle *periculum est emptoris* est injuste (3). Il est alors étonnant de vouloir la défendre en affirmant qu'elle est équitable. Même si le vendeur devait répondre de la *custodia*, cela ne serait point exorbitant et ne pourrait en tout cas être comparé à l'obligation de l'acheteur de répondre du cas fortuit. Mais nous avons vu (4) qu'en droit classique le vendeur ne répondrait que de son dol et des actes qu'il commettrait relativement à la chose et qui

(1) ZIRKLER, *Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts*, 2 Th., p. 128. — GLUCK, *Ausführl. Erläut. der Pand.* T. XVII, p. 132 sq.

(2) L. 143 Dig. 50,16 : Id « apud se » quis « habere » videtur, de quo habet actionem : habetur enim quod peti potest.

(3) V. le commencement de ce paragraphe. — V. aussi Colin et Capitant, *Droit civil*, II (1915), pp. 128-129.

(4) Plus haut, p. 92.

seraient contraires à la bonne foi inscrite dans l'action de vente. Tous les textes qui le font répondre pour la *custodia* sont interpolés, et par conséquent la l. 14 pr. Dig 47, 2 aussi (1). Si la *custodia* et le *periculum* se contre-balancent pour les compilateurs, il n'en est pas de même pour les classiques.

Nous avons ainsi fini cette longue énumération des explications et justifications proposées pour notre règle. Aucune n'est satisfaisante pour le droit classique. La théorie des risques qu'elle contient est contraire au principe de liaison des prestations naissant du contrat de vente que les classiques aiment à souligner. Or, il est inconcevable que ces maîtres incomparables du droit aient laissé subsister une pareille contradiction dans leur système où tout se tient (2). Nous sommes donc fondés à dire que cette contradiction est un argument sérieux contre la classicité de la règle *periculum est emptoris*.

§ 2. — TITE-LIVE LIB. XXIII, CAP. XLVIII, ET XLIX.

On peut tirer un argument contre la classicité de la règle : *periculum est emptoris* d'une clause de contrat de vente rapportée par Tite-Live. Voici les circonstances dans lesquelles fut conclu ce contrat :

Pendant la seconde guerre punique, P. et Cn. Scipion annonçaient au Sénat les succès importants

(1) HAYMANN Z. S.-St. Bd. 40, p. 302 sq. Toutefois nous ne croyons pas avec M. Haymann que la première phrase de ce texte soit interpolée elle aussi. V. plus loin, § 3, II.

(2) Comp. HAYMANN, Z. S.-S. Bd. 41, pp. 153 sq.

qu'ils avaient obtenus en Espagne. Mais en même temps ils disaient qu'ils n'avaient plus d'argent pour la solde, que l'armée manquait de vêtements et de blé, et les équipages de la flotte de tout ce qui leur était nécessaire. Or le trésor public était vide et Tite-Live ajoute (Lib. XXIII, cap. XLVIII) : « Itaque nisi fide staret respublica, opibus non staturum. Prodeundum in concionem Fulvio prætori esse, indicandas populo publicas necessitates, cohortandosque, qui redempturis auxissent patrimonia, ut reipublicæ ex qua crevissent ad tempus commodarent ; conducerentque ea lege præbenda, quæ ad exercitum Hispaniensem opus essent, ut, quum pecunia in ærario esset, iis primis solveretur. Haec prætor in concione edixit, et qua die vestimenta, frumentum Hispaniensi exercitui præbenda, quæque alia opus essent navalibus socciis, esset locaturus. (Lib. XXIII, cap. XLIX.) Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere : unum, ut militia vacarent, dum in eo publico essent : alterum, ut, quæ in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent. Utroque impetrato, conduxerunt, privataque pecunia respublica administra est ».

Le *negotium* juridique auquel procédait Fulvius est une vente à crédit. Les vendeurs (entrepreneurs-*redemptores*) avaient devant eux un acheteur qui se trouvait dans une mauvaise position et ne pouvait pas se défendre. Ils ont profité de cette situation de l'acheteur et ont fait insérer au contrat une clause disant que c'est l'acheteur qui aura à supporter les

risques. Qu'est-ce à dire, sinon qu'en principe ce sont eux, les vendeurs, qui devraient les supporter ?

Mais on peut répondre, pour la défense du principe *periculum est emptoris* qu'il s'agissait dans le cas rapporté par Livius d'une vente de genres, et que par conséquent la clause stipulée par les vendeurs profitant des embarras de l'Etat s'explique, parce qu'à la différence de ce qui se passe dans la vente d'un corps certain, les risques de genres restent à la charge du vendeur jusqu'à la tradition.

Seulement s'il en est ainsi, si la règle : *periculum est emptoris* existait à cette époque, les vendeurs n'avaient qu'à procéder à l'individualisation des provisions par le dénombrement, la pesée ou le mesurage, et arriver ainsi au résultat désiré : faire supporter les risques par l'Etat, c'est-à-dire par l'acheteur. Si on nous répond que les *redemptores* n'avaient pas encore à leur disposition les marchandises, que par conséquent ils ne pouvaient pas procéder à cette individualisation, nous remarquerons qu'ils devaient de toute façon les avoir un jour pour les embarquer (au plus tôt, disait la lettre des Scipions); une simple clause qu'on vend en bloc, *ex aversione*, tout ce qui est dans les navires aurait suffi pour mettre les risques à la charge de l'Etat-acheteur, si le principe *periculum est emptoris* avait été connu.

Enfin, on pourrait interpréter en faveur de la règle *periculum est emptoris* cette stipulation des risques à la charge de l'Etat, en disant que les *redemptores* l'ont insérée parce que, justement, ils ne voulaient pas

individualiser les marchandises pour pouvoir voler l'Etat en organisant des naufrages frauduleux qui ne leur coûtaient pas cher, ou en déclarant qu'il y avait eu naufrage alors qu'aucun accident n'était arrivé. En effet, à un autre endroit (lib. XXV, cap. III), Tite-Live dit : « Hi quia publicum periculum erat a vi tempestatis in iis quæ portarentur ad exercitus, ementiti erant falsa naufragia et ea ipsa, quæ vera renuntiaverant, fraude ipsorum facta erant, non casu ».

Répondons à cela, avec Haymann (1), que, si des vendeurs sans scrupules ont pu abuser ainsi des stipulations attribuant les risques à l'acheteur, cela suffit à prouver que les classiques n'ont pu sous-entendre dans la vente de bonne foi une attribution aussi dangereuse. Pour nous, nous croyons que la clause rapportée par Tite-Live s'explique au mieux si l'on suppose, que, même dans ces temps reculés, le droit romain laissait les risques à la charge du vendeur jusqu'à l'accomplissement de la tradition. Les classiques n'ont pas pu changer cette règle, pour les raisons de principe et d'équité que nous avons vues au cours du paragraphe précédent. Ce sont seulement les compilateurs, imbus du droit grec qui ne connaissait qu'une vente réelle et dans lequel par conséquent le principe *periculum est emptoris* était à sa place, incapables de comprendre le droit classique, ou plutôt voulant mettre ce droit en harmonie avec la pratique de leur pays, qui ont remplacé le principe : *periculum est venditoris* par le principe *periculum est emptoris*.

(1) Z. S.-St. Bd. 41, p. 55.

§ 3. — LA L. 33 DIG. 19, 2

Un argument très puissant, décisif, contre la classicité du *periculum emptoris* se trouve dans la fameuse loi 33 Dig. 19, 2 qui contient le principe classique des risques.

Africanus libro octavo quæstionum.

Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quo minus id præstes : quemadmodum, inquit, si insulam ædificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id præstes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam præstiterim restituas, ejus scilicet temporis, quo frui non fuerim, nec ultra actione ex conducto præstare cogeris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei præstabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur : sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

Si l'on ne tient pas compte de *tenearis* et *cogeris* à la place desquels il faudrait *teneberis* et *cogaris*, ce qui, en somme, est peut-être une faute de copiste, notre texte est irréprochable au point de vue de la forme (1). Voilà ce qu'il dit : Primus a loué son fonds à Secundus. Supposons que ce fonds vienne à être confisqué, *publicatus* ; la question se pose de savoir pour qui seront les risques, c'est-à-dire si, dans ce cas, Secundus sera tenu de payer le loyer convenu malgré l'impossibilité où se trouve Primus de le faire jouir du fonds, ou si, au contraire, il sera libéré de plein droit de son obligation de payer le loyer, ou aura le droit de le répéter s'il l'a déjà payé ? Le texte décide que les risques seront pour le débiteur, le bailleur, et à l'appui de cette décision il invoque le principe qu'on applique en pareil cas dans le contrat de vente, puisqu'il y a une affinité entre la vente et le louage (2) : en ce qui concerne la question des risques dans la vente il faut, d'après le texte, distinguer suivant que la tradition a eu lieu ou non ; dans le premier cas, les risques seront pour l'acheteur : il devra payer le prix, ou ne pourra le répéter s'il l'a déjà payé ; dans le second cas, l'acheteur sera dispensé de payer le prix, ou, s'il l'a déjà payé, il pourra le répéter. Mais, au-delà de la restitution du prix, le vendeur ne devra rien. Parallèlement à cette décision, le bailleur ne de-

(1) HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 41, p. 64. — MITTEIS, *Mélanges Girard*, II (1912), p. 232-233, croit que la partie du texte à partir de *nam et si colonus* jusqu'à la fin n'est pas d'Africain. Nous pouvons laisser de côté cette question, puisque la partie du texte qui nous intéresse surtout est sûrement pure.

(2) V. Gaius III, 142 et 145 ; l. 2 Dig. 19,2 ; l. 63 Dig. 21,1 ; l. 22 § 3 Dig. 19,2. V. aussi la note de Paul sur Labeo, l. 23, Dig. 46,4.

vra restituer à son locataire que le montant du loyer proportionnel au temps pendant lequel le locataire n'a pas joui du fonds, et rien de plus (1).

Ainsi, d'après Julien et Africain (2), si le bailleur et le vendeur (3) sont empêchés par un événement fortuit d'effectuer leur prestation, ils perdent le droit d'exiger la contre-prestation et doivent la rendre s'ils l'ont déjà reçue. S'ils sont en faute, ils répondent de l'intérêt de la contre-partie.

(1) Cf. Franc. Alef : *Dies academici, Diss. XVI de eo quod justum est circa peric. et comm. rei vend.*, pp. 498 et 499 : « Thema, quod probandum in hac lege sibi proponit Africanus, hoc est : quomocunque conductor in usu rei locatæ impediatur (sive id fiat culpa locatoris, sive sine ejus culpa contingat) item, sive res salva maneat, sive aut tota aut pro parte pereat) vel remittere, vel (si soluta sit) reddere debet locator mercedem : cum hoc tamen discrimine ; ut, si locatoris culpa positum sit impedimentum, præter remissionem mercedis, etiam id, quod interest, præstare debeat ; si vero citra ejus culpam ; non nisi ad simplicem, locatarii remissionem obstringatur. Quid probat Africanus thema ? A pari, hoc modo : si quis vendiderit fundum, isque prius, quam vacuus traderetur publicatus fuerit ; tenetur ex empto : atque ita quidem, ut, si venditoris subsit culpa, et pretium, et interesse præstare teneatur ; si vero absit, pretium dumtaxat vel reddere, vel remittere debeat. Unde colligit : ergo etiam, si quis locaverit, et res locata publicetur, tenebitur ex conducto eodem modo ». Carlo Arnò, *La Teoria del periculum rei venditæ*, pp. 29 et 30. Glück, *Pand. XVIII*, p. 366.

(2) On a autrefois discuté pour savoir de quel jurisconsulte est la décision rapportée par Africain. D'après Hofmann (*Ueber das Periculum beim Kaufe* (Wien 1870), *Beilage I*, p. 165 et n. 12), on pourrait l'attribuer soit à Cassius, soit à Julien. En effet, dans le fragment précédant le nôtre, c'est Cassius qui parle ; d'autre part, Africain est l'élève de Julien. Mais il est établi aujourd'hui que toute *oratio obliqua* d'Africain vise Julien, son maître. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* (1885), Bd. I, p. 173. V. aussi *Archivio Giuridico*, vol. 57, p. 260, n. 2.

(3) Notre texte décide qu'en cas de louage d'ouvrage le locateur se trouve dans le même cas que ces deux personnes : *quemadmodum, inquit, si insulam ædificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneris*. On a dit que les deux cas de louage sont parallèles, et qu'ils ont ceci de commun, que dans les deux cas c'est le locator qui supporte les risques. (Ortmann, *Zeitschrift für privatrecht und öffentliches Recht*, Bd. 24, p. 28). Mais si on regarde de plus près, on s'aperçoit que ce rapprochement est impossible. Dans le cas de *locatio operis*, notre texte décide juste le contraire de ce qu'il décide au cas de *locatio rei*. En effet, tandis que dans les cas de louage de chose et de vente, il était décidé que le débiteur de la prestation devenue impossible restait tenu par l'action du contrat, mais seulement à la restitution de ce qu'il avait

Nous laisserons de côté la question des risques dans le contrat de louage de chose et nous concluons que notre texte, sans méprise possible, consacre le principe : *periculum est venditoris*. Ce qui est très important, ce sont les circonstances dans lesquelles les juristes de notre texte proclament ce principe. La question posée était de savoir pour qui sont les risques dans le contrat de louage de chose. En se basant sur la *familiaritas* et la structure juridique similaire de la vente et du louage, Julien et Africain décident qu'il faut résoudre de la même façon la question des risques dans le contrat de louage et dans le contrat de vente, et ils mettent dans les deux contrats les risques à la charge du débiteur. En outre, tout le monde reconnaît qu'en cas de *locatio rei* les risques sont pour le *locator*, c'est-à-dire le débiteur (1). S'il en avait été autrement au cas de vente, il eût été incompréhensible qu'Africain et Julien invoquassent le cas du vendeur

reçu, on décide ici par la phrase *quemadmodum*, que cette responsabilité (du débiteur) correspond, au cas de *locatio operis*, après la perte fortuite de la chose, à l'obligation du *locator*, donc du créancier à payer le salaire convenu !!! Il y a donc contradiction évidente, et nous ne croyons pas que la phrase *quemadmodum* soit de Julien. Si nous consultons les Basiliques (20, 1, 32, Heimbach, II, p. 357), nous voyons qu'il y est question du louage de chose seulement. *Si domus tibi locavero et solum desederit, nihilo minus teneor* ». Une scolie de Cyrille ajoute : « *Si domus publicata sit, vel corruerit conductor mercedem tantum recepit* ». Le louage d'ouvrage se trouve mentionné seulement dans une scolie de Stéphane : « *Tunc enim quod accidit, locatoris sive ejus, qui domum ædificandam locavit periculo est* ». On ne peut donc rien tirer des Basiliques pour résoudre cette difficulté. Il nous semble que nous sommes fondés à croire que le mot *ædificandam* est interpolé ; il faut donc le biffer. De cette façon, le texte redevient logique. On arriverait au même résultat en laissant subsister le mot *ædificandam*, et en mettant *conduxisses* ou *locassem* à la place de *locasses*. Mais le fait que le texte dans ses développements ne parle que du louage de chose, parle contre cette reconstruction. V. Haymann, Z. S.-S. Bd. 41, pp. 65 et 159.

(1) L. 35 Dig. 19,2 ; l. 9 § 1 § 4 ; l. 15 § 2 ; l. 19 § 6 ; l. 27 pr. ; l. 30 § 1 Dig. 19,2 ; l. 39 § 2 Dig. 39,2.

exproprié pour expliquer celui du *locator* qui se trouve dans la même situation (1). Le principe : *periculum est venditoris* rapporté par notre texte acquiert ainsi une plus grande valeur; le fait qu'il est invoqué à l'appui de la décision de la question des risques dans le contrat de louage, prouve que personne ne doutait à l'époque classique que les risques pussent passer à l'acheteur avec la « perfection » de la vente (2). On voit par là la faiblesse de l'objection qu'on a adressée à notre texte en disant qu'il est de peu d'importance pour la question des risques dans le contrat de vente, puisqu'il ne donne qu'une « solution incidente en s'occupant du louage et non de la vente » (3). C'est, au contraire, justement parce que le principe *periculum est venditoris* se trouve en quelque sorte couvert dans la discussion du contrat de louage qu'on peut dire qu'il est pur et qu'il est l'expression fidèle de la pensée classique. Les compilateurs ne s'en sont pas aperçu et ne l'ont pas retouché. C'est une faute de méthode de la part d'un historien de négliger de pareils témoignages et de donner au contraire l'importance à la répétition constante, *ex professo*, d'un prin-

(1) V. chez Bechmann, *Der Kauf*, I, 601-606, un essai de justification de la prétendue différence entre la solution de la question des risques dans la vente et la solution de cette question dans le louage.

(2) Cf. Arnò, *La teorica*, p. 32.

(3) Girard, *Manuel* (6^e édit.), p. 557, n. 3. Accarias, *Précis*, II, p. 461, n. 2 : Le texte d'Africain est sans autorité parce qu' « il n'est pas au siège de la matière et que la doctrine qu'il exprime n'est émise qu'incidemment à propos d'une question de louage ». Dans le même sens, déjà Glück, *Ausführl. Erläut. der Pand.* T. XVII, p. 143 : « Der Sinn des African sei nun übrigens, welcher er wolle, so kann doch das, was er nur beyläufig bey einer andern Gelegenheit als Argument anführt, einen in so vielen andern Gesetzstellen so deutlich bestimmten Rechtsatz nicht wankend machen ».

cipe contraire. C'est cette répétition plutôt qui doit soulever nos doutes (1).

Le texte pur d'Africain contient donc, sans aucun doute, la théorie classique des risques, opposée au principe *periculum est emptoris*. Cette contradiction a été aperçue par tous les commentateurs et c'est pourquoi des efforts désespérés ont été faits pour concilier cette loi *cruda ac indigesta*, comme l'appelait Osius Aurelius (2), avec le principe *periculum est emptoris* consacré très explicitement par la compilation.

Nous allons rapporter les plus importantes de ces explications et nous verrons, comme dans le paragraphe premier de ce chapitre, qu'aucune d'elles n'est satisfaisante ; aucune d'elles ne réussit à écarter l'argument contenu dans ce texte contre la classicité du principe *periculum est emptoris* et pour la classicité du principe *periculum est venditoris*.

I.— Quelques auteurs, surtout les anciens, disent que la *publicatio* dont parle notre texte est une confiscation pénale que le vendeur a provoquée en commettant un délit. Si donc la loi décide que les risques seront supportés par le vendeur, c'est parce qu'il est en faute, et que chacun doit répondre de ses fautes (3).

(1) SCHULZ, *Kritische Viert. Schrift* (1912), p. 47 et note 48. Haymann, *Z. S.-S.*, Bd. 41, p. 67.

(2) *Dispunct. ad Merillium de variant. Cujacii interpretat.* Disp. 26 (in Otto. *Thesaurus iur Rom.* III, p. 762).

(3) VINNIUS, *Comment. ad § 3. Inst. de contrah., empt.*, n° 8. — J. PACIUS, *Analys. Institut.* ad § 3, *de contrah. empt.* — U. HUBER, *Praelect. ad Inst. lib. III. Tit. 24, § 10.* — RING, *Diss. de periculo rei venditae* (Francf. ad Viadr. (1726), § 4. — HARPRECHT, *Comm. ad § 3. Inst. de contrah. empt.* — H. DONELLUS, *Comment. de jur. civ.* (Norimbergæ 1824), T. VII, li. XIII, cap. II, § 16. — Ant. PEREZIUS,

Il suffit de lire attentivement le texte de la loi pour voir tout de suite que cette explication ne tient pas debout. En effet notre texte décide que si le fonds que vous m'avez loué est *publicatus*, j'aurai contre vous un recours malgré que vous soyiez exempt de faute, *quamvis per te non stet quominus id præstes*. A l'appui de cette décision Africain invoque ce qui se passe en pareil cas dans le contrat de vente. Or, comme il avait supposé dans le cas de louage de chose que le *locator* était exempt de faute, il va de soi que cette supposition est sous-entendue dans le cas de vente qu'il invoque. L'espèce même est donc bâtie sur l'hypothèse de l'absence de toute faute. Sans cela il n'y aurait pas de comparaison possible, et son argument serait sans valeur (1). D'ailleurs c'est seulement avec la phrase *nam et si colonus tuus* qu'Africain arrive à l'hypothèse d'une faute. En outre, en supposant que le vendeur soit en faute, comment se fait-il qu'il ne soit tenu qu'à restituer le prix, et non à indemniser l'acheteur de tout dommage (*ut pretium restituas, non ut etiam id præstes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradis* ? (2)).

Praelect. in duod. lib. Cod (1671), tit. XVIII, p. 316... Potest responderi quod ibi fundus culpa venditoris a magistratu publicatus fuerit (V. aussi plus loin une autre explication de Perezius). — BACHOVIVS, *Comment. in Inst. ad § cum autem empt. et vend.* — BAUNY DE RÉCY, *France judiciaire*, 1. mai 1877, p. 305. — CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, II, p. 406. — FUCHS, *Beitrag zur Lehre vom Periculum bei Oblig.* in *Archiv f. d. civ. Prax.* Vol. XV, § 8.

(1) GLUCK, *Pand.* T. XVII, p. 137.

(2) Contre cette explication, voir aussi Cabotius, *Disputat. lib. I, cap. XXV.* (Meermann, *Thesaurus*, IV, p. 162.) ALEF, *Diss. cit.* p. 492 sq. LABBÉ, *Etudes citées*, n° 94, n. 4. HARTMANN, *Jahrbücher f. die Dogmatik*, XXII (N. F. XI), p. 433.

II. — Beaucoup d'auteurs expliquent¹ notre texte en disant qu'il ne s'occupe pas d'un cas fortuit proprement dit intégralement réalisé après la perfection de la vente seulement ; il s'agit là d'une perte dont la cause existait antérieurement au contrat de vente sans que le vendeur le sût. Cette hypothèse serait prouvée par ce fait que notre loi suppose que le vendeur n'est pas en faute. Par exemple : quelqu'un avait vendu de bonne foi un fonds appartenant à un tiers qui avait commis un crime puni de la confiscation des biens, et il avait reçu le prix de la vente... Le crime du propriétaire est considéré par Africain comme un vice de la chose, que le vendeur est excusable d'avoir ignoré, c'est pourquoi il n'est pas tenu à des dommages et intérêts. Si Africain compare la confiscation à l'éboulement du sol, il ne les assimile pas ; car le fonds confisqué n'est pas un fonds perdu (1).

(1) Ainsi P. van WETTER, *Les Obligations*, I, p. 89, n. 13. Dans le même sens, Sam. von COCCEJI, *Jur. civ. controuv.* ad lib. XVIII, tit. VI, quæst. 2. Emminghaus, *ad Cocceji Jur. civ. controuv.* h. t. qu. 2 note d, p. 441. HÖPFNER, *Theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen*, § 872, n. 1. J. VoET, *Comm. ad Pand.*, pp. 717-718, est partisan de cette explication ; il en donne deux exemples très ingénieux : Sed nec contrarium dictis est responsum Africani in *l. si fundus* 33 *ver. nam et si vendideris ff. locati*. Etenim legis illius sententia exemplum invenire potest in fundo tacite per fideicommissum incapaci relicto, qui cum ob id fisco cedere deberet, et necdum per fiscum vindicatum esset, ab incapace (qui forte possessione ejus nactus fuerat) venditus traditusque fuit Titio in bona fide posito, ac fideicommissi tacite ignaro prorsus, iterumque per Titio distractus Sempronio, mox fisco vindicatus, atque ita publicatus, tradi non potuit : cum ergo sine Titii culpa traditio impedita esset, et tamen res ipsa in se vitium illud haberet, quod publicationi esset obnoxia, merito scriptum ab Africano venditorem ex empto teneri hactenus, ut pretium restituat, non etiam ut amplius præstet id quod interest ; sicut id in redhibitoria ex ædelitio edicto ob vitium latens fieri consuevit. Sed et secundo non perperam legem illam 33 acceperis de fundo tali, qui ab hostibus a populo romano captus, ad tempus pristino fuerat relictus possessori, sed postmodum publica urgente necessitate, vel utilitate publicatus ; uti ut fieri potuisset colligi potest ex *l. Lucius Titius* 11. *ff. de evict.* etc. Voir aussi Maynz, *Cours*, II, § 210, n. 8, p. 206. n. IV, 1°.

MOLTOR, *Les Oblig.*, I, n° 425. p. 524, VANGEROW, *Pand.*, III, § 591,

Il faut rejeter cette explication pour plusieurs raisons. D'abord, en aucun endroit, la confiscation ou la possibilité d'une expropriation n'est considérée comme un vice de la chose. Ensuite, Africain ne dit rien sur l'antériorité de cette cause de *publicatio* qui serait la raison prépondérante de sa décision. En outre, puisqu'il s'agirait de vices cachés inconnus du vendeur, pourquoi le texte donnerait-il à l'acheteur l'*actio ex empto* pour poursuivre la rescision du contrat, et non pas les actions édiliciennes ? Puis, loin d'excuser le vendeur d'avoir ignoré le vice de la chose, les textes décident que celui qui, se croyant propriétaire à juste titre, vend une chose d'autrui, répond de l'intérêt de l'acheteur s'il ne la livre pas (1) ; s'il en est ainsi, pourquoi notre vendeur, qui, d'après M. P. van Wetter, se trouve dans ce cas, n'est-il tenu qu'à restituer le prix ? Enfin, loin de voir dans la *publicatio* un vice de la chose, Africain l'assimile bel et bien, au point de vue de ses conséquences juridiques, bien entendu, à un cas fortuit ordinaire. Cujas l'avait compris et il l'a exprimé en disant : *et perire videtur quæ in publicum redigitur* (2).

(1) L. 60 Dig. 21,2 ; c. 17 Cod. 4,21. Comp. Windscheid, *Pand*, II, § 305 a. 3., p. 206.

(2) CUJAS, *ad African. Tract.* lib. VIII. ad l. 33 Locati. MOMMSEN (*Beiträge zum Obligationenrecht* (1887), T. I., p. 335) se rapproche de l'explication que nous venons de réfuter. La décision d'Africain serait bâtie sur ces deux prémices : d'abord, la cause de la *publicatio* est antérieure à la conclusion du contrat ; ensuite, le vendeur avait des raisons d'ignorer complètement l'existence de ce vice. Mais comme nous venons de le voir plus haut, sa bonne foi n'empêche pas le vendeur d'être tenu de l'intérêt de l'acheteur. En outre, comme le remarque Manenti (*Studi Senesi*, Vol. IV (1887), p. 232), ces suppositions de Mommsen sont arbitraires, et il n'y a rien dans le texte qui pourrait servir d'appui à tant d'artifices.

III. — D'après Ortolan (1), certains auteurs, pour concilier notre texte avec le principe : *periculum est emptoris*, ont supposé qu'ici le vendeur s'est spécialement obligé à prendre sur lui la chance de certains vices ou de certains risques de la chose. Nous mentionnons cette « explication » seulement pour mémoire, car elle ne repose sur rien. Le moins qu'on peut dire d'elle c'est qu'elle est tout simplement fantaisiste et faite pour les besoins de la cause.

IV. — Pour de nombreux auteurs la *publicatio* serait un *casus specialis* (2), qui aurait sa cause dans la *belli injuria* ou dans l'*imperium principis*. Dirigée contre le possesseur elle devrait être supportée par lui et non par un autre. Hoc periculum publicationis spectare venditorem utpote adhuc possessorem fundi venditi tempore publicationis. Quia talia damna, cum propter belli leges prædia victis a victoribus auferuntur, possessoribus accidunt quasi poene loco quod se suaque statim non dediderint, dit Osius Aurelius (3). Il ajoute que le vendeur devrait répondre

(1) *Les Instituts de Justinien*, vol. II, p. 839, n. 1 (Paris, 1843).

(2) Dans ce sens déjà, Accurse qui, d'après A. Faber (*Conjecturæ*, II, cap. IV, p. 28), « in fundo publicato id speciale esse scribit, nec tamen specialiter rationem ullam affert ».

(3) *Dispunct ad Merillium de variant. Cujacii interpretat. Disp.* 26 (Otto, *Thesaurus iur. Rom.* III, p. 763). Vinc. CABOTIUS, *Disputat.* lib. I, cap. 25 (Meerman, *Thesaurus*, IV, p. 612). Ant. PEREZIUS, *Praelect. in duod. lib. Cod.*, p. 318 : quamvis etiam injuria forsitan magistratus publicatus fuisset iste fundus, tamen venditor, utpote adhuc possessor fundi venditi tempore publicationis, quasi in culpa fuit quod se suaque non dediderit, ideoque injuria insthæc penes venditorem potius quam emptorem residere debet, cum illius contemplatione publicatio fundi facta sit. FRANTZISKIUS, *Comm. ad Dig. h. t.* n° 14 sq. Jan a Costa, *Comm. ad § 3. Inst. de empt. et vend.* Otto, *Comm. ad § 3. Inst. de empt. et vend.* Voodra, in Jani a Costa *Praelect. ad illustrior. quosdam titulos locaque selecta iur. civ.* (Lugd. Batav, 1773), ad l. 1 Cod. de peric. comm. rei vend. not. d. p. 336. NOODT, *Comm. ad Dig. h. t. § Pluribus*, p. 416. LAUTERBACH, *In Pand. lib. XVIII, tit. VI, n° II.*

de l'intérêt de l'acheteur. « *Æquitas tamen fecit, quia sine dolo et culpa fundum illum vendiderat, ut ad restitutionem pretii duntaxat teneretur* ». Si au contraire l'acheteur était en possession, il devrait perdre le prix (l. 11 Dig. 21, 2), parce que possesseur.

Nous verrons un peu plus tard ce qu'il faut penser de l'argument tiré de la l. 11 Dig. 21, 2, qui est en partie interpolée. Il nous suffira pour réfuter cette explication de faire remarquer que, loin de dire qu'il faut traiter la *publicatio* d'une façon particulière, notre texte, tout comme d'ailleurs la l. 11 Dig. 21, 2, la compare à un éboulement du sol, donc à un cas fortuit ordinaire ; par conséquent elle doit avoir les mêmes conséquences que les autres cas fortuits. Il n'y a donc pas *injuria*, il y a simplement un cas fortuit qui, d'après les classiques, est à la charge du vendeur jusqu'à la tradition.

Cette explication a été adoptée par d'Avezan (1). Il ajoute que la loi 33 n'infirmé point la règle *periculum est emptoris*, quoniam publicato fundo vendito potestate legis, præcepto principali, rescinditur omnino contractus, et perinde est, ac si emptio venditio contracta non fuisset, ideoque mirum non est si emptori detur actio ex empto ad recipiendum pretium resciso contractu, quam etiam solere ad distrahendum patet ex. l. 11 § *is, qui vina*, Dig. de act., empt. l. 4 Dig. de lege commissoria, l. 6 Dig. de rescind. vendit. Et puis encore : « Venditorem in id teneri tantum, ut pretium reddat, non in id, quod interest,

(1) *Libr. Contractuum*, II, tit. I, de emt. et vend. § *Praeter ea* (Meerman, *Thesaurus*, IV, p. 95).

cujus responsi ratio haec videtur elegans, quia superveniens Principis constitutio, qua agri publicantur rescindere videtur contractum ». Pothier (1), après avoir déclaré que toutes les explications proposées sont un peu boiteuses, dit que celle-ci lui paraît être la meilleure.

Mais cette adjonction de d'Avezan est à rejeter sans hésitation. Elle est arbitraire. Car, on aura beau chercher dans toute la compilation, on ne trouvera pas un seul texte qui nous autorise à supposer qu'une disposition pareille de rescision se trouvait dans les actes ordonnant la *publicatio*.

De cette même explication il faut rapprocher aussi celle émise par Hofmann (2). D'après lui, il faudrait voir dans la *publicatio* dont parle notre texte un acte arbitraire du pouvoir (Gewaltact), commis par exemple par vengeance politique, et dirigé seulement contre le propriétaire et non contre l'acheteur. C'est là qu'il faudrait chercher pourquoi le vendeur est tenu de restituer le prix à l'acheteur : l'autorité qui a procédé à l'expropriation a voulu frapper le vendeur et, en l'obligeant à restituer le prix, elle l'empêche d'échapper aux conséquences de l'acte dirigé contre lui et d'en faire retomber le fardeau sur l'acheteur. Mais le vendeur n'est pas tenu de l'intérêt de l'acheteur, parce que l'expropriation dont il souffre est arbitraire et, par conséquent, injuste.

Mais nous pouvons objecter à Hofmann avec Manenti (3) : Comment se fait-il que l'autorité qui a

(1) *Vente*, n° 307.

(2) *Periculum beim Kaufe*, Beilage II, p. 106.

(3) *Studi Senesi* (4), p. 241, n. 1.

procédé à l'expropriation, en n'obligeant le vendeur qu'à la restitution du prix, reconnaisse par là, elle-même, que son acte est une violence ? Et puis, même si c'est comme cela que les choses se passaient en fait à Rome en période des guerres civiles, pourquoi a-t-on introduit ce texte dans le corps des lois ? Enfin, rien dans le texte ne justifie cette explication, émise après coup, pour les besoins de la cause.

V. — D'après d'autres auteurs notre texte vise un cas d'expropriation pour cause d'utilité publique réalisée avant la tradition de la chose vendue. On s'expliquerait ainsi pourquoi le vendeur ne doit, d'après le texte, que la restitution du prix. En effet, ayant reçu une indemnité, s'il n'était pas forcé de rendre le prix, le vendeur aurait à la fois et le prix et l'indemnité, et par là serait violé le principe qui défend à quiconque de s'enrichir aux dépens d'autrui. La décision de Julien et Africain n'aurait pas d'autre but que de s'opposer à cette violation, et cette décision devrait être respectée, car elle est bonne dans le cas exceptionnel où elle intervient (1).

Cette explication n'est pas satisfaisante pour plusieurs raisons. D'abord l'expropriation se faisait souvent à Rome sans aucune indemnité (2). C'était donc un cas de force majeure véritable. Mais même en sup-

(1) M. HUMBERT in LACROIX, *Des risques et périls*, Thèse, Toulouse, 1876, p. 71. GARBOULEAU, *Du domaine public*, Thèse, Paris, 1859, p. 132. HOSENS, *Inaug. Diss.*, 1861, p. 24 sq. (cité par Hofmann, *Periculum beim Kaufe*, p. 167, n. 16). Sur le sens du mot *publicatio*, Seckel, *Heumanns Handlexikon* (1907) v^{is} *publicatio et publicare*, p. 476.

(2) L. 14 § 1 Dig. 8,6. GIRARD, *Manuel*, p. 263.

posant, comme cela arrivait quelquefois (1), que l'expropriation se fît moyennant une indemnité, on ne s'explique pas pourquoi le vendeur serait obligé de restituer le prix et non pas le montant de l'indemnité, qui est venue se substituer à la chose. Quand on décide, comme le font les Institutes (2), qu'au cas du vol le vendeur doit céder à l'acheteur les actions qu'il a pour obtenir la chose, il faudrait décider logiquement qu'au cas d'expropriation il sera quitte en cédant à l'acheteur l'indemnité qui est venue remplacer la chose dans son patrimoine (3). Enfin si Africain avait voulu donner une règle particulière au cas de *publicatio*, il se serait expliqué plus complètement, et aurait déclaré expressément que sa décision ne s'applique pas aux autres cas fortuits. Une telle déclaration était d'autant plus nécessaire, qu'au commencement du texte il considère la *publicatio* comme un cas fortuit ordinaire. Plutôt que de dire qu'il s'agit ici d'une règle spéciale à la *publicatio*, il faut convenir qu'Africain énonce une règle générale sur les risques dans le contrat de vente.

VI. — Quelques auteurs voient dans la *publicatio* une espèce d'éviction qui ne doit pas être confondue avec une perte fortuite. Le vendeur répond de l'éviction, mais les risques sont pour l'acheteur (4).

(1) GIRARD, *loc. cit.*

(2) 3a Inst. III, 23.

(3) Comp. l. 13 § 17 Dig. 19,1 ; l. 7 § 13 Dig. 10,3.

(4) PROUSTEAU, *Recit. ad leg. 23 Dig. de reg. iur. cap. XVII § 16* (Meerman, *Thesaurus*, III, p. 518). MARKUS Lyklama Nynolt, *Membranar. lib. VI, Eccl. 8.* (1624,8), vol. II, p. 18 sq. ANAU, *Archivio Giuridico*, XXV (1880), p. 119.

Seulement, il faut remarquer qu'on ne peut pas parler d'une éviction de l'acheteur avant l'accomplissement de la tradition. C'est le vendeur qui a été évincé, et cela ne le dispense pas de l'obligation d'indemniser l'acheteur; les textes sont formels dans ce sens: le vendeur doit indemniser l'acheteur de son intérêt. Il n'est pas quitte en lui rendant le prix.

VII. — Certains romanistes reconnaissent au contraire que notre texte apporte une exception à la règle des risques, en cas de *publicatio*, mais ils ajoutent qu'on ne peut pas fournir une explication satisfaisante et la raison de cette exception. Toutefois, le principe : *periculum est emptoris*, contenu dans un grand nombre de textes, ne peut pas être mis en doute par ce seul texte d'Africain. Cur autem aliud statuatur in fundo publicato, quam in aliis rebus, quæ pereunt aliis casibus, ratio quidem obscura est, nobisque incognita : sed an ideo minus cetera, quæ ab aliis docentur, rata volumus ? An propterea aliorum sententias, tam claras et perspicuas, ad hunc casum fingendas, aut detorquendas esse consemus ? Vincant saltem numero et multitudine alii, et unicum Africanum supereunt ! aut valeat illius opinio singularis in casu singulari, nec ad alios porrigatur ne ipsemet dissentiat a semel ipso (1).

Nous verrons plus loin quelle est la valeur pour le droit classique de ces nombreux textes qui contiennent

(1) RANCHIUS, *Variar. Lection.* lib. III, cap. II (Otto, *Thesaurus*, V, p. 964). WISSENBACH, *Disputat. ad Inst. Disput.* XXXV. Th. 23. POTHIER, *Pand. Just.* I, Tit. *Locati*, n° XLVIII, n. h. HOTMANN, *Epit. Pand. de peric et comm. reivend.* WESTPHAL, *Vom Kauf*, § 962, p. 726.

le principe : *periculum est emptoris*. Enregistrons ici cette défaillance, et cette renonciation à rechercher une explication de notre texte.

VIII. — Une explication ingénieuse et qui compte encore aujourd'hui des partisans a été proposée par Raphaël Fulgosius (1). D'après lui, il faudrait distinguer deux sortes de *casus* : ceux qui détruisent ou détériorent matériellement la chose, qui cesse d'exister *in rerum natura*, et ceux qui, tout en laissant la chose exister *in rerum natura*, mettent un obstacle à sa livraison à l'acheteur. Dans ce dernier cas, les risques, malgré la règle *periculum est emptoris*, restent à la charge du vendeur. La *publicatio* est un cas fortuit de cette deuxième espèce. « *Publicatio casus specialis est, vel quia per illam non perit ne amittitur intrinsece fundus, quippe qui nec esse desinat in rerum natura, nec deterior effectus sit ex illa publicatione, quamvis ejus esse desinat, cujus, ante fuit, et major inde tantum facta sit difficultas in præstando, consequenter non minus teneri venditorem, quam si servum vendidisset, ab hostibus captum, et adhuc existente in hostium potestate (l. ult. D. de action. empt. » (2).*

Cette idée fut développée par le président Favre (3) malgré l'objection qui avait été faite à l'explication

(1) *Dig. vetus* (Lugduni, 1554).

(2) Fulgosius rapporté par Prousteau, *Recit. ad leg. XXIII contractus Dig. de reg. iur.*, cap. XVII, n° 13 (Meerman, *Thesaurus*, III, p. 158. V. aussi dans Vinc. Cabotius, *Variae juris publici et privati disputat*, lib. I, cap. XXV (Meerman, *Thesaurus*, IV, p. 611).

(3) Ant. Faber, *Conjecturæ*, lib. II, cap. IV, p. 28 sq.

de Fulgosius (1). Il distingue *an ex causa aliqua extrinseca, an vero per ipsam rem venditam fiat quominus tradi possit*. Dans ce deuxième cas, c'est-à-dire lorsque la chose a péri, de sorte qu'elle a cessé d'exister *in rerum natura*, l'acheteur doit supporter les risques. La raison de décider ainsi se trouve, d'après le président Favre, dans le fait qu'après la conclusion du contrat, il dépendait de l'acheteur d'acquérir la possession et la propriété de la chose en payant le prix. S'il ne l'a pas fait, tant pis pour lui. Mais dans le premier cas, c'est-à-dire si la *res vendita ex causa aliqua extrinseca præstari non possit*, si par exemple le fonds vendu a été *publicatus*, ou l'esclave vendu volé, l'acheteur a parfaitement raison d'exiger qu'on lui livre la chose qui existe encore, *quæ per rerum natura præstari potest*, ou tout au moins qu'on lui cède les actions qui prennent la place de la chose vendue dans le patrimoine du vendeur. Le vendeur sera libéré s'il cède ses actions. Mais si le *casus* qui a mis obstacle à la délivrance de la chose, tout en la laissant subsister *in natura rerum*, n'a point fait naître d'actions dans la personne du vendeur, ce qui arrive au cas où la chose vendue par un non-propriétaire a été volée, ou le fonds vendu *publicatus*, il est juste que le vendeur restitue au moins le prix reçu.

La théorie construite, il faut lui trouver un fondement dans les textes. Le cas de destruction matérielle est prévu d'après le président Favre, dans le § 3, Inst.

(1) V. Gabotius, loc. cit. : aliud est enim rem esse in hostium potestate tempore venditionis, quo casu sustinetur venditio, donec ea res præstari possit : aliud publicatum esse fundum post venditionem. Nam cum hos sine culpa venditoris contingerit æquum esse non teneri venditorem.

III, 23. Il y est dit qu'en cas de mort de l'esclave vendu, d'incendie de la maison vendue, etc., l'acheteur aura la charge des risques. Le paragraphe suivant, *eodem*, viserait la première des deux éventualités qui peuvent se présenter au cas où le *casus* a apporté simplement un obstacle à la délivrance de la chose : au cas de fuite ou de vol de l'esclave vendu, le vendeur est libéré, s'il peut céder ses actions à l'acheteur. Quant à l'autre éventualité, celle qui se produit quand le vendeur est dans l'impossibilité de céder les actions à l'acheteur, à la place de la chose, elle n'est pas prévue par les Institutes ; Favre la trouve dans la l. 35, § 4, D. 18, 1, « ubi Gaius scribit venditorem ob hoc ipsum damnandum esse, quod in emptorem nullas actiones transferre potest ». Et il ajoute : « Quod omnino sic accipiendum videtur, ut pretii duntaxat naturam sentiat non etiam ut ad præstationem ejus quod emptori interest teneatur, *arg. d. l. si fundus*, 33. »

Cette explication de l'antinomie qui existe entre notre texte et les autres fragments qui s'occupent de la question des risques est ingénieuse, mais elle n'est pas vraie. En effet, elle a, comme les autres explications que nous venons de voir, son côté faible, dont quelques auteurs anciens n'ont pas manqué de s'apercevoir. Ainsi, par exemple, voici en quels termes Vinc. Cabotius (1), après avoir réfuté l'argumentation de Fulgosius, s'attaque à celle du président Favre : « Verum nec illa distinctio probabilis est. Alia est enim ratio ejus qui alienam rem vendidit, alia ejus qui

(1) *Op. cit.*, apud Meerman, IV, p. 162.

suam, quæ postea publicata est. Ille enim tenetur actiones cedere emptori, si quas habet, re vendita furto subtracta : quemadmodum si ante traditionem apparuerit rem esse alienam, tenetur actione ex empto, ut rem venditam liberet, *l. 24, si post perfectam Cod. de eviction.*, et re tradita evicta tenetur de evictione. Hic autem nihil ejus modi præstat, publicato fundo tenetur eum redimere a principe, ex cujus præcepto distractus est, et emptori præstare. »

En second lieu, on ne peut pas rapprocher la décision d'Africain, donnée au cas de *publicatio*, de celle qui s'applique dans le cas de vente de bonne foi de la chose d'autrui. Dans ce dernier cas, ce n'est pas à la restitution du prix que le vendeur est obligé, comme au cas de *publicatio*, mais bien à l'intérêt de l'acheteur (1).

En outre, cette explication ne tient pas compte de la loi d'Africain elle-même, qui assimile la *publicatio* à un éboulement du sol, par conséquent à un cas de destruction complète.

Enfin, comme l'a remarqué Labbé (2), « de deux choses l'une : ou la confiscation rend impossible l'exécution de l'obligation du vendeur, sans qu'aucune faute lui soit imputable, et, sans qu'il ait aucune compensation à céder à l'acheteur, le vendeur est libéré comme par une destruction radicale, et l'on ne voit pas pourquoi le vendeur ne pourrait, dans le cas de *publicatio*, demander le prix s'il peut l'exiger en cas d'anéantissement fortuit de la chose ; — ou la circonstance que la chose survit à la *publicatio* et de-

(1) L. 60 Dig. 21,2. WINDSCHEID, *Pand.* II, § 315, n° 3, p 206.

(2) *Op. cit.*, n° 96.

meure dans le commerce des hommes fait considérer l'obligation du vendeur comme ayant encore un objet et comme étant susceptible d'exécution, et alors ce n'est pas la restitution du prix que l'acheteur a le droit de poursuivre, c'est la livraison de la chose vendue ou une condamnation pécuniaire équivalente ; or, Africain n'admet pas cette seconde solution, car il nie que le vendeur doive *quantı intersit emptoris fundum vacuum tradi* ».

Cette explication a été néanmoins adoptée par beaucoup d'auteurs (1). C'est en en adoptant l'idée fondamentale que G. Hartmann a construit sa théorie du *casus juris*. Il a donné ainsi un renouveau de vitalité à cette explication qui, au fond, reste telle que l'enseignait le président Favre (2). Nous ne pouvons pas entrer dans les détails de la théorie de Hartmann ; Manenti en a fait justice dans un article que nous avons déjà cité (3), et ainsi se trouve écartée encore une des explications de notre texte.

(1) BARCLAJUS, *Ad Tit. Pand. de rebus creditis comment.*, l. V (Otto, *Thesaurus*, III, col. 839). MERILLIUS, *Variant. ex Cujacio*, lib. I, cap. XXVI. Henrici a SUARIN, *Repetitarum lectionum jur. civ. liber*, cap. XXXIII, ad l. si fundus 33 D. Locati (Otto, *Thesaurus* IV, col. 53. HAUNOLDUS, cité par Alef, *diss. cit.* p. 495.

(2) HARTMANN, *Juristischer Casus und seine Prastation bei Obligationem auf Sachleistung, inbes. beim Kauf* (*Jahrbücher f. d. Dogmatik*, Bd. 22 (N. F. X), 1884, pp. 417-496). Hartmann a été suivi par Merkel, *Krit. Viert.-Schrift*, Bd. XXVII (N. F. VIII), 1886, pp. 200-208, WENDT, *Pand.* (1888), § 212, p. 510, WINDSCHEID, *Pand.* II, § 390, n. 3. a, DERNEBURG, *Pand.* II, § 96, n. 2.

(3) *Il caso giuridico* (*Studi Senesi*, vol. 4, p. 240 sq). Après avoir réfuté l'explication de Hartmann, Manenti essaie à son tour d'expliquer notre texte en faisant une distinction. Il distingue d'un côté les accidents qui détruisent la chose soit physiquement soit juridiquement, et de l'autre les accidents qui détruisent le rapport particulier qui existe entre la chose et la personne. La *publicatio* serait un accident de cette dernière espèce. Le fonds *publicatus* reste dans le commerce ; sa *publicatio* donc ne constitue qu'une simple sortie du patrimoine du vendeur « od in altre parole un semplice accrescimento di difficoltà di esecuzione, per quest ultimo

IX. — Certains auteurs ne trouvant pas satisfaisantes les explications proposées et désespérant d'en trouver une meilleure, se contentent de faire remarquer que, si dans la l. 33, Julien et Africain mettent les risques à la charge du vendeur, ils mettent ailleurs les risques à la charge de l'acheteur et reviennent ainsi à la règle commune. Ainsi les deux jurisconsultes se seraient réfutés eux-mêmes : Julien, dans la l. 5 § 2 Dig. 18, 5, et Africain dans la l. 39 Dig. 46, 3 (1).

Cette attitude serait, sinon la plus scientifique, du moins la plus pratique et la plus simple, si seulement les textes invoqués avaient l'autorité ou la portée qu'on veut bien leur reconnaître. Nous allons les examiner à ce point de vue, et nous verrons que, s'ils contiennent le principe *periculum est emptoris*, ils sont

dell' obbligazione. Il fatto che crea questa difficoltà tocca la cosa non nella sua oggettività giuridica, che ne resta inalterata, ma soltanto nel rapporto giuridico che la legava al patrimonio del venditore ».

Mais il faut convenir que cette explication suppose que le texte contient bien plus de choses que nous n'y trouvons. Comme le remarque Arnô (*La Teorica*, p. 39), s'il en est ainsi, comment se fait-il qu'Africain ait passé tout cela sous silence? Où trouver un autre texte à l'appui de cette distinction. Il y a enfin un argument énergique contre cette explication : c'est que notre texte même assimile la *publicatio* à un éboulement du sol, par conséquent à un cas de destruction complète de la chose, et la traite de la même façon.

(1) LABBÉ, *op. cit.* n° 99. RAMOND, *Thèse citée*, p. LVIII : « Mais bien mieux, on peut démontrer que la doctrine émise par Africain dans la loi 33 n'est que le résultat d'une boutade (!) et qu'elle est l'expression d'une opinion peu réfléchie (!) qu'il abandonna plus tard ». A titre de curiosité, nous remarquerons qu'à la page XII du même ouvrage, le même auteur trouve le principe *periculum est emptoris* contraire à l'intention des parties et à l'équité ! CARPENTIER, *Des risques en matière de contrats synallagmatiques*, Thèse, Paris 1872, p. 16. En outre, beaucoup d'auteurs, partisans d'une explication quelconque ne manquent pas de remarquer qu'il existe des textes où Julien et Africain enseignent la doctrine commune. V. p. ex. : ANT FABER, *Conjecturæ*, lib. II, cap. IV, p. 28. GIRARD, *Manuel* (6° éd.), p. 557, n. 3 : « Julien et Africain mettent ailleurs nettement les risques à la charge de l'acheteur ». ACCARIAS, *Précis*, II, 461, n. 2.

sans valeur pour le droit classique, parce que tous les deux sont interpolés. Prenons d'abord la l. 5 §§ 1 et 2 Dig. 18, 5.

Julianus libro quinto decimo digestorum .

§ 1. *Emptio nuda conventionione solvitur, si res secuta non fuerit.* § 2. *Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat : quare nisi justa conventio intervenierit, actiones ex empto et vendito manebunt.*

M. Carlo Arnò (1) avait cru que ce texte, non seulement ne peut pas être invoqué à l'appui du *periculum emptoris*, mais qu'il contient au contraire le *periculum venditoris* et qu'il constitue ainsi un argument contre la classicité de la théorie des risques contenue dans la compilation. Il croit qu'il résulte des mots *perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset* qu'il a dû intervenir, après la conclusion du contrat, un de ces actes qui font que la chose vendue est considérée comme étant livrée, et il invoque à l'appui la version des Basiliques (2) : *Servus qui mortuus est, pro tradito habetur, et periculum ejus ad emptorem pertinet*. Cet acte pouvait être un constitut possessoire ou une simple déclaration dans l'acte de vente que l'esclave a été livré.

La rencontre des mots *ac si traditus fuisset*, est, en effet, inattendue dans l'exposition d'une théorie des risques qui ne tient aucun compte de la tradition.

(1) *La Teorica*, pp. 27, 28 et 42.

(2) 19.5-5 in fine.

Mais il y a loin de là à conclure que ce texte contient le principe : *periculum est venditoris*. S'il n'y avait eu un constitut possessoire, le texte se serait exprimé d'une autre façon (1).

Schulz (2), qui croit, comme nous l'avons vu plus haut, à la classicité de *periculum emptoris*, au moins en ce qui concerne les *casus majores*, pense que notre texte ne peut pas être invoqué en faveur de cette théorie. D'après lui, il se bornerait à dire que le vendeur n'est pas tenu envers l'acheteur en cas de mort de l'esclave vendu, mais il ne dirait rien qui puisse faire supposer que le vendeur aie le droit d'exiger le prix.

Pour nous, au contraire, les mots *perinde habenda est venditio* et *actiones ex empto et vendito manebunt*, disent clairement que le vendeur conserve son droit au prix, même après la mort de l'esclave. Il faut donc se résoudre à reconnaître que ce texte contient le principe *periculum est emptoris*. Mais est-il pur ? Non ; en invoquant de sérieuses raisons de fond, M. Haymann a prouvé qu'il a été retouché par les compilateurs (3).

Le texte, dans sa forme actuelle, commence par nous dire que, *re integra*, le *contrarius consensus* suffit pour éteindre les obligations naissant du contrat de vente. Tout de suite après, il nous parle de la mort de l'esclave, sans nous avoir d'abord fait

(3) SCHULZ, *Krit. Viert-Schrift.* (1912), p. 49 n. 53. Haymann, *Z. S.-St. Bd.* 41, p. 133, n. 1.

(2) *Kr. V.-Schrift* (1912), p. 48, n. 49 et p. 49, n. 53

(3) *Z. S.-Stift* (1920), pp. 133-134.

connaître qu'un esclave a été vendu. Ce passage brusque d'une chose à l'autre est impossible chez Julien, et cette constatation suffit pour refuser à ce texte toute autorité pour le droit classique (1).

Le texte a donc été raccourci. Mais il y a plus. Le texte continue en nous disant qu'après la mort de l'esclave, la vente sera traitée comme si la tradition avait eu lieu. Or, si la règle *periculum est emptoris*, qui ne tient aucun compte de la tradition, était connue de Julien, on ne s'explique alors pas les mots : *ac si traditus fuisset*. De cette affirmation incompréhensible du point de vue du *periculum emptoris*, le texte déduit (*quare*) que les *actiones ex empto et vendito manebunt, nisi justa conventio intervenerit*. Déjà, Eisele a douté de l'origine classique de la phrase *nisi — intervenerit*. Mais nous pouvons nous demander : est-il possible qu'un classique ait pu dire que l'*actio ex empto manebit* parce qu'après la mort de l'esclave, la vente doit être traitée, *comme si la tradition a eu lieu* ? A quoi servirait cette action à l'acheteur ? A rien ; les compilateurs ont oublié de faire disparaître *actio ex empto* et *ac si traditus fuisset*, et de mettre ainsi le texte d'accord avec le principe *periculum est emptoris*. Cujas (2) a cru que l'*actio empti* restait utile à l'acheteur, même après la mort de l'esclave, parce qu'on pouvait, en se servant d'elle, exiger les accessoires vendus avec l'esclave. Cette explication est impossible, parce qu'un classique n'au-

(1) LENEL, *Palingenesia* I, Julien 247, 248.

(2) *Opera*, VI, p. 96.

rait jamais omis de dire qu'il y a eu des accessoires dans la vente dont il s'occupe.

Notre texte donc est sans aucune autorité pour le droit classique, on ne peut pas l'invoquer pour prouver qu'à l'encontre de la l. 33 Dig. 19, 2, Julien, lui aussi, enseignait le *periculum emptoris*. Nous verrons, dans le paragraphe 5 de ce chapitre, quel argument, au contraire, on peut tirer de ce texte en faveur de la thèse que nous défendons.

Passons maintenant au texte d'Africain (l. 39 Dig. 46, 3) qui, lui non plus, ne peut être invoqué à l'appui du *periculum emptoris* et contre l'opinion du même auteur, déposée dans la l. 33 Dig. 19, 2.

Africanus libro octavo quæstionum.

Si soluturus pecuniam tibi, jussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore Mela libro decimo scribit. quod verum est, cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit, quominus in continenti probaretur : nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles. in qua specie non utique semper tuum periculum erit : quid enim si inopportuno tempore vel loco optulerim ? his consequens esse puto, ut etiam, si et emptor nummos et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emptoris periculo sint (utique si ipse eum, apud quem deponerentur elegerit), et nihilo minus merx quoque, quia empto perfecta sit.

D'après Arnò, loin d'être contraire à la l. 33, ce texte serait son complément nécessaire. Car, si ce texte décide que les risques doivent être supportés par l'acheteur, c'est que, contrairement à ce qui se passait dans la l. 33, la tradition est considérée ici comme ayant déjà eu lieu. Dans le cas de la l. 39, le vendeur dépose l'objet vendu chez un dépositaire choisi par l'acheteur ; la perte de la chose arrivée chez ce dépositaire est considérée comme arrivée chez l'acheteur, parce que c'est lui qui est responsable du mauvais choix du dépositaire. Les classiques considéraient comme équivalents à la tradition des actes qui en étaient bien moins proches que le choix du dépositaire : par exemple, l'apposition des marques sur les poutres achetées (l. 15 (14) § 1 Dig. 18, 6) ; pourquoi la désignation du dépositaire ne pourrait-elle pas jouer le même rôle ? La version des Basiliques est significative à ce point de vue : « Si emptor et venditor, quod invicem fidem sibi non haberent, pretium et rem deposuerint, utriusque periculum emptorem respicit, si ipse personam elegerit » (2). Quant à la phrase finale, *quia — sit*, il ne faut pas lui attribuer une grande importance, parce que les Romains ne donnaient pas un sens technique aux mots *emptio perfecta* ; quelquefois, on disait que la vente était *perfecta* seulement après la tradition. En outre, ajoute Arnò, cette phrase est probablement une interpolation.

A part le doute dans l'origine byzantine de la phrase

(1) *La Teorica*, pp. 43-44.

(2) *Basilica* 26,5,39. Dans le même sens déjà Cujas, *Opera*, I, 1504.

finale, l'interprétation de Arnò est inexacte. En effet, le texte a été entièrement retouché par les compilateurs. Déjà De Medio (1) avait prouvé l'interpolation de la phrase *in qua — optulerim*. L'interpolation de la phrase *his consequens esse puto*, etc., qui contient le principe *periculum est emptoris*, n'est pas difficile à démontrer. On peut y relever plusieurs indices d'interpolation. Au point de vue de la forme : *invicem* au lieu de *sibi*. Après *quod*, vient le subjonctif *haberent*, et après *quia*, le subjonctif *sit*, au lieu d'indicatif. Les conjonctions sont employées à profusion insolite *etiam — et et — et ; et nihilo minus merx quoque* se révèle comme une adjonction maladroite.

Au point de vue du fond, il faut souligner l'incohérence du fragment. Africain avait à examiner l'espèce suivante : Un débiteur avait déposé, sur l'ordre de son créancier, la somme due chez un banquier, aux fins d'examen des pièces. Si la somme déposée périt, parce que le créancier n'a pas voulu procéder à l'examen d'examen des pièces. Si la somme déposée périt, parce qu'il n'a pas voulu accepter le paiement, c'est lui qui en supportera les risques. Comme conséquence de cette décision, le texte dit maintenant : si, au cas d'une vente, les deux parties déposent les objets de leurs prestations, *parce qu'elles se méfient l'une de l'autre*, c'est l'acheteur qui supportera les risques de l'argent, s'il a choisi le dépositaire, et aussi les risques de l'objet de la prestation du vendeur, parce que la vente est parfaite ! Singulière conséquence ! et qui, en réalité, n'en est pas une ! Les deux cas ne sont pas paral-

(1) *Archivio Giuridico*, vol. 68, p. 237. V. aussi Schulz, *Kr. Viert.-Schr.* (1912), p. 52.

lèles : dans le premier cas, le débiteur fait dépôt de l'objet de son obligation aux risques du créancier, parce que celui-ci refuse de l'accepter ; dans le second cas, les deux parties déposent les objets de leurs obligations, parce qu'elles se méfient l'une de l'autre. On peut chercher à établir un parallèle entre ces deux cas, quoique le texte ne fournisse aucun indice dans ce sens, à l'aide du principe suivant : lorsqu'une partie, dans un contrat synallagmatique, retient l'objet de sa prestation, le créancier de cet objet a alors de justes motifs de garder par devers lui, à titre de gage, l'objet de sa propre obligation : si cet objet périt, la perte en devrait être pour son créancier. De cette façon on peut dire, dans le deuxième cas examiné par le texte, tout comme dans le premier, *per creditorem steterit quominus solveretur*, et les deux cas seraient parallèles. Mais s'il en était ainsi, Africain aurait dû, conformément à ce qu'il a décidé dans le premier cas, conclure que le vendeur, parce que créancier du prix, supportera les risques de ce prix, et l'acheteur, parce que créancier de la chose, supportera les risques de cette chose. Au lieu de cela, que voyons-nous ?

D'abord, en ce qui concerne les risques de l'argent déposé, donc individualisé, le texte décide que « conséquemment » à ce qui a été décidé dans le premier cas, c'est l'acheteur qui les supportera, s'il a choisi le dépositaire. Comme il est vraiment choquant de dire que le principe attribuant les risques au créancier en demeure aboutit à faire supporter les risques par le débiteur-acheteur, les compilateurs ajoutent un nou-

vel élément à l'hypothèse: le débiteur-acheteur supporte les risques de l'argent déposé, parce qu'il a choisi le dépositaire. Cette adjonction révèle bien la main du compilateur, parce qu'un classique donne tous les éléments de l'hypothèse dans son énoncé de l'espèce. Sans compter que le cours de la pensée du classique est rompu par cette adjonction : du principe suivant lequel le créancier qui se trouve en demeure supporte les risques de l'argent déposé par le débiteur, on tire comme conséquence (!) que le débiteur-acheteur qui choisit le dépositaire du prix, supporte les risques de ce prix !!

Ensuite, en ce qui concerne les risques de l'objet de la vente, le texte décide que c'est l'acheteur qui les supporte, mais non pas parce que *per eum stetisset quominus traderetur*, comme on pouvait s'y attendre d'après ce qui précède, mais parce que — *emptio perfecta sit* !

L'incohérence de cette conséquence est évidente. On nous dit que la conséquence du principe qui met les risques à la charge du créancier en demeure, est que l'acheteur supporte les risques de la chose déposée par le vendeur, puisque la vente est parfaite. La décision est motivée par un fait nouveau (la perfection de la vente), dont l'énoncé de l'espèce ne dit rien. Admettons que le passage des risques dépende uniquement de la perfection de la vente ; comment peut-on dire que ce principe des risques est la conséquence au principe suivant lequel le créancier en demeure supporte les risques ?

Il est donc clair que ce n'est pas Africain qui a tiré cette conséquence impossible. Les compilateurs se préoccupent uniquement d'une chose : répéter le plus possible leur principe, sans se soucier de l'endroit où ils le font. Ils ont remanié le texte classique, qui ne s'occupait pas de la question des risques dans la vente. La preuve de cette interpolation, comme de celle de la l. 5 §§ 1 et 2 Dig. 18, 6 de Julien, nous permet de dire que l'« explication » de la l. 33 Dig. 19, 2, ou plutôt sa réfutation par Julien et Africain même, n'en est pas une. La doctrine qui se trouve dans ce dernier texte est bien la doctrine classique des risques dans la vente.

X. — Quelques auteurs ont cru pouvoir écarter la difficulté que contient notre texte en disant que Julien et Africain avaient, sur la question des risques, une opinion particulière. D'après eux, la l. 33 contient bien la théorie : *periculum est venditoris* (1).

Mais, d'abord, il faut remarquer contre cette explication que si elle était vraie, comment expliquerait-on qu'Africain s'appuyât sur une décision et l'invoquât comme un argument solide, sans ajouter que les autres jurisconsultes professent sur ce point une opinion contraire ? Si le principe *periculum est venditoris* était controversé, aucun classique ne l'aurait invoqué dans une discussion où il devait illustrer la décision proposée. Ce serait une maladresse inconcevable.

(1) FAUCHILLE, *Th. cit.* SCHULZ, *Krit. V.-Schr.* (1912) Bd. 50, p. 48 : « Julian und African vertreten eine Sondermeinung ».

En outre, il est non moins étonnant que les autres textes de la compilation ne disent rien de cette opinion dissidente de Julien et d'Africain. Les textes qui portent leurs noms nous présentent le principe *periculum est emptoris* comme un principe reconnu de tous. Il est certain que, si ces textes étaient classiques, ils n'auraient pas manqué de mentionner et de réfuter l'opinion contraire d'un Julien et d'un Africain. Paul (l. 8 pr. Dig. 18, 6) et Gaius (l. 35 § 5 Dig. 18, 1) rapportent les témoignages des jurisconsultes qui disent qu'il y a unanimité sur cette question entre les jurisconsultes (1). Nous verrons plus tard, dans notre Chapitre III, que ces textes ont été interpolés, comme nous l'avons déjà vu pour quelques-uns d'entre eux ; si la l. 33 contient une décision qui leur est contraire, c'est que les compilateurs, dans leur hâte, ne s'en sont pas aperçus, et ont laissé subsister ainsi dans la compilation un bon indice de la théorie classique des risques.

Ensuite, l'opinion d'Alfenus et de Paul sur les risques ne différerait point de celle de Julien et d'Africain, comme nous le verrons en examinant les ll. 13-15, Dig. 18, 6, dans le paragraphe suivant. On peut déduire des indices certains que nous réunirons dans le paragraphe 5, que les autres classiques ne savaient rien du *periculum emptoris*. Nous allons voir maintenant, en étudiant la célèbre l. 16 Dig. 12, 4, que Celse aussi enseignait le principe *periculum est venditoris* (2).

(1) Voir PERNICE, *Labeo*, II, p. 320 sq.

(2) V. HAYMANN, *Z. S.-St.* (1920), p. 67 sq.

Celsus libro octavo (1) digestorum.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares :
utrum is contractus genus pro portione emptionis
et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est
quam od rem dati re non secuta ? in quod procli-
vior sum ; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere
possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum da-
res. finge alienum esse Stichum, sed le tamen
eum tradidisse : repetere a te pecuniam potero,
quia hominem accipientis non feceris : et rursus,
si tuus est Stichus et pro evictione ejus promittere
non vis, non liberaberis, quominus a te pecuniam
repetere possim.

Nous ne songeons point à entrer dans l'étude de ce
texte qui, « depuis des siècles, à exercé la sagacité
des romanistes ». Nous renvoyons à l'article cité de
M. Ch. Appleton (2), où l'on trouvera réunis tous les
renseignements le concernant. Nous partirons de ce
point que, pour Celse, le *negotium : debi tibi pecu-
niam ut mihi Stichum dares* n'est pas une vente. Ce
qui nous intéresse uniquement dans ce texte, c'est la
façon dont Celse déduit les conséquences pratiques
de sa décision que ce *negotium* n'est pas une vente. Il
examine trois cas qui peuvent se présenter: D'abord;
Stichus meurt et sa livraison devient ainsi impossible;
ensuite, tu n'es pas propriétaire et par conséquent

(1) Les Florentines portent « *tertio* » par suite d'une erreur cer-
taine de copiste qui a écrit cette partie de l'archétype du Digeste.
Lenel a rectifié l'erreur, *Paling.* Celsus 73, n. 4. APPLETON, *L'obli-
gation de transférer la propriété dans la vente romaine*, N. R. II.
(1906), p. 740, n. 4.

(2) N. R. H. (1906), pp. 739-780. V. aussi APPLETON, N. R. H. (1907),
pp. 100-103. KUBLER, Z. S.-Stift. (28), 1907, pp. 418-422. SCIALOJA,
Bulletino dell' Ist. D. R. (1907), vol. 19, pp. 161-196.

tu n'es pas tenu par l'*a. auctoritatis*, puisqu'il n'y a pas eu de mancipation. Enfin, tu es propriétaire, mais tu n'as pas voulu procéder à la mancipation de Stichus ; tu t'es borné à en faire tradition. Dans les trois cas, Celse me refuse l'*actio ex empto*, et il ajoute que *nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta*, et que par conséquent je pourrai toujours répéter mon argent. Il faut remarquer qu'il donne cette décision pour le premier cas proposé, c'est-à-dire si Stichus est mort. Nous savons que, d'après le *periculum emptoris*, c'est justement le cas où l'acheteur, tout en perdant son droit d'exiger un équivalent à la place de l'esclave mort, reste obligé de payer le prix.

Or, si Celse avait eu sur la question des risques dans le contrat de vente une opinion différente de celle de Julien et d'Africain, s'il avait été partisan du *periculum emptoris*, il n'aurait pas pu dire au cas où du point de vue de *periculum emptoris*, je perds toute obligation, tout droit d'exiger la contre-prestation (cas de mort de Stichus), qu'il n'y a, dans ce cas, aucune autre obligation que celle résultant d'une dation en vue d'un but qui n'a pas été atteint, *nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta*. Il le dit pourtant. Qu'est-ce à dire, sinon que, si on avait reconnu au *negotium : do pecuniam ut Stichum* des le caractère d'une vente, il y aurait eu une autre obligation pour l'acheteur, naissant de la perte de l'objet vendu, celle sanctionnée par l'*actio empti* ? On ne pouvait pas dire plus clairement que les risques sont pour le vendeur jusqu'à la tradition. Si Celse avait

su quelque chose du principe *periculum est emptoris*, au lieu de dire : *nulla hic alia obligatio est*, il aurait simplement remarqué qu'à son point de vue, *d'après lequel ce negotium n'est pas une vente*, j'aurai droit à la répétition de l'argent payé, au cas où la contre-prestation qui m'est due devient impossible à la suite d'un cas fortuit ; tandis qu'au contraire, si on considérait que le *negotium* en question est une vente, et que je suis un acheteur, je n'aurai droit à rien, après la perte de la chose due, et je devrai encore payer le prix. Celse aurait donc établi une opposition et non pas un parallèle (*nulla hic alia*), comme il l'a fait.

Il ressort de cet examen de la l. 16, D. 12, 4, que le principe : *periculum est venditoris*, impliqué dans la l. 33 Dig. 19, 2, n'était pas une opinion particulière à Julien et Africain ; ce principe était enseigné aussi par Celse.

Il n'est pas sans intérêt de citer ici un autre texte où Celse s'occupe de l'impossibilité de prestation dérivant d'un accident juridique. C'est la l. 13 § 17 Dig. 19, 1.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Idem Celsus libro eodem scribit : fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere. si socio fundus sit adjudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori præstabis. quod si tibi fundus totus adjudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat,

quod ob eam rem Titio condemnatus es, sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere : æquum est enim eandem esse condicionem emptoris, quæ futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. sed in certis regionibus fundum inter te et Titium iudex divisit, sine dubio partem, quæ adjudicata est, emptori tradere debes.

On ne peut pas conclure de ce texte que Celse aussi enseignait le *periculum emptoris*, et que, pour lui, à l'encontre de la décision de Julien et d'Africain (l. 33 Dig. 19, 2), un accident, même juridique (*casus juris*) libérait le vendeur de l'obligation de livrer la chose et laissait intact son droit d'exiger la contre-prestation. Car, déjà Hartmann (1), avait signalé la différence qui existe entre l'accident juridique de notre texte et celui de la l. 33 : il y a dans la l. 33 une sorte d'attaque inattendue de la part du pouvoir qui enlève avant la tradition le droit de disposition au vendeur, tandis que dans le cas de notre texte, il y a un changement, un développement du droit vendu, qui correspond à sa nature juridique, et avec lequel l'acheteur devait compter. Rien de plus logique alors que la décision de Celse : l'acheteur doit se mettre dans la position du vendeur, et prendre sa place, ce que, d'ailleurs, il avait voulu obtenir en achetant la part indivise du vendeur : *Æquum est enim eandem esse condicionem emptoris quæ futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo.*

(1) *Jahrbücher f. d. Dogm.* Bd. XXII, p. 451 sq.

Nous voyons ainsi que, si Celse consacre dans ce texte le *periculum emptoris*, il le fait à titre exceptionnel, à cause de la *nature juridique changeante* du droit vendu. Il est d'ailleurs d'accord sur ce point avec tous les autres classiques, qui décident que les risques sont pour l'acheteur, eu égard à la bonne foi, au cas où un objet matériel se détériore, si la cause de détérioration tient à la nature de l'objet vendu (vin qui aigrit, par exemple) (1). Il y a donc dans ce texte plutôt une confirmation du principe *periculum est venditoris* qu'un argument dirigé contre lui.

Un autre cas de *periculum emptoris*, que les classiques admettaient pour les espèces où il est dans la nature du droit vendu de changer et de se développer, se trouve dans la l. 7 § 13 Dig. 10, 3.

Ulpianus libro vincensimo ad edictum.

Si debitor communis prædii partem [pignori] (fiduciæ) dedit et a domino alterius partis provocatus creditor ejus [aut ab alio creditore alterius debitoris] licendo superavit et debitor [ejus cui res fuit adjudicata] velit partem suam prædii recipere soluto eo quod ipse debuit : eleganter dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit recipere, quam creditor per adjudicationem emit. nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes emptori, communi dividendo judicio provocatus fueris aliaque pars tibi

(1) Voir plus loin, ch. III, § II sq.

adjudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia hæc pars beneficio alterius venditori accessit ; quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum ; solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, æque, pretium ut restituat, ex empto tenebitur. hæc eadem et in mandato ceterisque hujus generis judiciis servantur.

Le texte est légèrement interpolé. A la place de *pignori*, il faut lire, *fiduciæ*, puisque le créancier est traité comme un co-propriétaire (1). Les deux autres interpolations se révèlent par l'inutilité scholastique des hypothèses qu'elles prévoient (2). Mais le reste du texte est classique. Ulpien y décide qu'au cas où le vendeur d'une part indivise n'obtient pas, lors du partage, sa part en nature, mais une somme d'argent, l'acheteur ne pourra pas répéter le prix payé, mais devra se contenter de cette indemnité. Si les risques sont ici pour l'acheteur, c'est, nous le répétons, à cause de la nature changeante du droit vendu, et non pas à cause de l'existence d'une prétendue maxime générale mettant les risques à la charge de l'acheteur.

Ainsi donc, la doctrine de la l. 33 Dig. 19, 2 n'est pas l'expression d'une opinion particulière. Elle a été celle des autres classiques, comme nous venons de le voir, et comme nous le verrons encore, dans les paragraphes suivants.

(1) BIONDI, *Legittimazione* 62 (in Haymann Z. S.-St. Bd. 41, p. 71, n. 2).

(2) LENEL, dans Haymann, *art. cit.*, p. 72, n. 1.

XI. — Nous signalerons, pour être plus complet, une explication qui, pour être hasardeuse, se rapproche néanmoins singulièrement de la vérité. Notre texte contiendrait bien le *periculum venditoris*, mais cette théorie aurait été abandonnée par les jurisconsultes, pour être remplacée par le *periculum emptoris*. « Africain me paraît avoir reproduit ici une ancienne doctrine d'après laquelle, comme le bailleur n'a droit à la *merces*, c'est-à-dire au loyer, qu'en proportion de la jouissance qu'il a effectivement procurée au preneur, de même le vendeur n'a pas droit au prix lorsque, même sans sa faute, la chose n'a pu être livrée à l'acheteur... Mais les jurisconsultes postérieurs ont décidé, et cette décision a fini par être universellement admise, que, sous le rapport des risques, il ne fallait pas traiter de même le vendeur et le locateur » (1).

Les auteurs de cette explication sont tombés juste, sans s'en douter. Seulement, il y a tout de même une rectification à faire : ils croient que ce sont les jurisconsultes classiques qui ont effectué le changement dans la théorie des risques. C'est une erreur et nous verrons, dans notre chapitre suivant, que si le *periculum emptoris* se trouve dans les textes classiques, ce n'est pas parce que déjà à l'époque classique ce revirement brusque a été opéré, ce qui serait un fait sans précédent dans l'histoire du droit romain, mais

(1) DEMANGEAT, *Cours* (3^e éd. 1876), T. II, p. 351. Voir aussi BOURBEAU, *Théorie des risques* (Poitiers 1865), p. 41. REATZ, *Zur Lehre von casuellen Untergang obligatorischen Rechte* (*Zeitschrift für Civilrecht und Process*, N. F. XV (1858), p. 383. HOUËIX, *Théorie des risques*, Thèse, Caen 1882, p. 17. Comp. POTHIER, *Vente*, n^o 307.

parce que les compilateurs de Justinien l'y ont mis en interpolant les textes (1).

Nous avons ainsi terminé ce long examen des essais faits pour écarter de la théorie des risques la *crux* que constitue la fameuse loi 33 Dig. 19, 2, et nous avons vu que tous sont restés sans succès. Nous pouvons donc répéter, en guise de conclusion, ce que nous avons dit tout au commencement du présent paragraphe : la l. 33 est un argument décisif contre la classicité du principe *periculum est emptoris*, et en faveur de la classicité du principe *periculum est venditoris*.

§ 4. — LES LL. 13-15, DIG. 18, 6

La loi 33 n'est pas la seule dans laquelle se trouve appliquée la théorie classique des risques ; celle-ci se trouve complètement développée dans les célèbres fragments 13-15 Dig. 18, 6.

Paulus libro tertio Alfeni epitomarum.

Lectos emptos ædilis, cum in via publica positi essent, concidit : si traditi essent emptori aut per eum stetisset quominus traderentur, emptoris periculum esse placet,

Julianus libro tertio ad Urseium Ferozem.

eumque cum ædili, si id non jure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliæ : aut certe cum

(1) Mentionnons pour mémoire une autre explication historique d'après laquelle il y aurait eu une controverse entre les Sabinien et les Proculien sur la question des risques. V. en ce sens ALEF, *Diss. cit.* cap. II, § 21. BURGUS, *Elector*, cap. 13.

venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum ædile habuisset, ei præstaret.

Paulus libro tertio epitomatorum Alfeni.

Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quominus traderentur, venditoris periculum erit. § 1. Materia empti, si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris : videri autem trabes traditas quas emptor signasset.

Ces textes contiennent la théorie classique des risques. Au point de vue de la forme, ils sont, à une exception près, irréprochables. Nous disons à une exception près, parce que, du texte de Julien, que les compilateurs ont intercalé dans le texte de Paul, il faudrait enlever la phrase finale : *aut certe — præstaret*, que nous croyons, avec Haymann, être une adjonction des Byzantins (1).

Beaucoup d'indices trahissent la main des compilateurs. Déjà Beseler (2) avait proposé de mettre entre crochets *actiones suas — præstaret*. Au point de vue de la forme, on peut faire plusieurs reproches au texte : *actiones*, au lieu de *actionem* ; *cum ædile*, tandis que dans la phrase précédente il était dit *cum ædili* ; *habuisset*, au lieu de *habet*. *Ei* se rapporte, d'après la construction, à l'édile ; tandis que le texte

(1) Z. S.-St. 1920, p. 75, n. 1. Nous verrons dans la deuxième partie de ce paragraphe, où nous examinerons la l. 15 § 1 Dig. 18.6 que, d'après notre maître, M. Huvelin, les mots *si minus venditoris* sont une glose post-classique, constatation qui n'est nullement contraire à la classicité du principe *periculum est venditoris*, mais qui la confirme plutôt.

(2) *Beitrag zur Kritik der Römischen Rechtsquellen* (1913), III, p. 185.

veut désigner par là l'acheteur; il faudrait donc *sibi* à la place de *ei*. On est étonné de rencontrer *aut certe* au commencement d'une phrase qui nous développe ce qui nous a été présenté dans la phrase qui précède comme un *certum*.

Les indices de fond sont non moins graves, Supposons, et ce n'est pas prouvé, que dans le texte de Julien, *eum* se rapportât à l'acheteur. La décision que l'acheteur aura l'*actio legis Aquiliæ* suppose qu'il a acquis la propriété par la tradition (11 § 6 Dig. 9, 2). Après cette décision, on nous dit avec *aut certe* que l'acheteur pourra poursuivre le vendeur par l'*actio empti*, pour que celui-ci lui cède ses actions contre l'édile. Mais il saute aux yeux que Julien n'a pas pu donner cette seconde décision, sans nous dire que l'espèce est changée, c'est-à-dire que l'acheteur n'a pas acquis la propriété par la tradition. Sans cela, on ne voit pas quelle action pourrait avoir le vendeur contre l'édile, après avoir fait passer la propriété à l'acheteur. On voit encore moins comment, après l'acquisition de la propriété, l'*actio empti* continue à subsister au profit de l'acheteur. Il est probable, comme le pense M. Haymann (1), que par cet *aut certe*, les compilateurs veulent nous remettre dans le cas où aucune tradition n'a eu lieu (2). Dans ce cas, ils obligent le vendeur, exempt de faute, à céder à l'acheteur *omne lucrum*, et c'est pour cela qu'ils parlent d'*actiones*, là où il n'y avait pas plusieurs voies de droit (3).

(1) *Loc. cit.*

(2) C'est dans ce sens que Glück avait déjà compris le texte. V. *Pand.*, T. XVII, tit. VI, ad. h. l.

(3) HAYMANN, *Ueber Haftung für Custodia*, Z. S.-St. (1919), p. 302 sq, surtout 309, 315, 317, 317, 328 et 332.

Après cette épuration, nous pouvons passer à l'analyse de nos textes. Ils examinent deux cas : les lits vendus ont été détruits par l'édile ; les planches vendues ont été volées. Prenons d'abord le premier cas.

I. — Primus a vendu des lits à Secundus et les a mis dans la rue. Les édiles, qui devaient surtout veiller à ce que les choses exposées sur la voie publique n'empêchent pas la circulation (1), les ont détruits. D'où la question de savoir qui doit supporter les risques. Pour la résoudre, Alfenus dit que, d'après les praticiens (*placet*), il faut distinguer suivant que les lits étaient déjà livrés ou non. Si la tradition était déjà intervenue, ou si c'est par le fait de l'acheteur qu'elle a été empêchée, c'est l'acheteur qui supportera le dommage. Dans le cas contraire, les risques seront pour le vendeur. Donc, la circonstance décisive, dans la question des risques, est le moment de la tradition (2).

S'il en est ainsi, nos textes contiendraient une théorie point par point contraire à celle qui se trouve exposée tout le long de la compilation. Ils sont clairs, et comme l'a remarqué un partisan de la classicité du *periculum emptoris* (3), il n'y aurait pas de doute sur leur interprétation, s'ils étaient les seuls textes s'occupant de la question. A la première lecture même, il ressort nettement qu'il faut distinguer la *res tradita*

(1) L. 1 § 4 Dig. 43,10 : Item curam agant, ne quid ante officinas projectum sit : præterquam si fullo vestimenta siccet vel faber rotas foris ponat : ponunto autem hi quoque sic, ut vehiculum iter facere possit.

(2) *Basilica* 19,6,6 : Et de eo cujus periculum sit si lectum venditum in foro positum ædilis conciderit ante traditionem, vel post traditionem, vel emptore sæpius illum accipere detrectante.

(3) F. ANAU, *Del rischio e pericolo nella compra vendita*, *Archivio Giuridico*, vol. 25 (1880), p. 117. Comp. ARNO, *La Teorica*, p. 5.

de la *res necdum tradita* : l'acheteur supporte les risques de la première ; les risques de la seconde restent à la charge du vendeur (1).

C'est pourquoi les partisans du *periculum emptoris* se sont évertués, depuis longtemps, à mettre d'accord ces textes avec le reste de la compilation. Mais, s'il y a unanimité entre les pandectistes pour dire que ces textes ne contiennent pas une théorie contraire au *periculum emptoris*, ils sont loin d'être d'accord sur la manière de les expliquer. Nous allons rapporter quelques-unes de ces explications et les réfuter. Cela confirmera notre opinion que ces textes contiennent le principe *periculum est venditoris*.

1° De très nombreux auteurs expliquent notre texte par la faute du vendeur. Il ne s'agit pas, dans ce texte, disent-ils, des risques, mais de la responsabilité pour faute. Le vendeur est en faute d'avoir mis les lits dans la rue : ce n'est vraiment pas là que se trouve la place des lits vendus. Si l'édile les a détruits, il a simplement usé des pouvoirs qui lui appartiennent : il est chargé de la police des rues. Son acte ne présente rien d'extraordinaire et ne peut pas être considéré comme un cas fortuit. Si donc notre texte décide que la perte des lits est supportée par le vendeur, ce n'est pas parce que celui-ci doit normalement supporter les risques avant la tradition ; la perte, dans ce cas, est pour le vendeur, parce qu'il est en faute. Sans cela, si nous étions en présence d'un véritable cas for-

(1) Comp. CUJAS, *Opera* (éd. Naples). T. I, col. 1480 ; VULTEJUS, *In instit. comm.*, lib. III, tit. 24, cap. 5.

tuit, il importerait peu qu'il fût arrivé avant ou après la tradition : les risques seraient toujours pour l'acheteur (1).

Cette explication est arbitraire, parce qu'elle ajoute à l'hypothèse du texte un élément qui ne s'y trouve pas ; le texte même lui est contraire, et enfin elle suppose que les édiles en exerçant leurs pouvoirs restaient toujours dans les limites de la légalité.

En effet, que dit notre texte ? Après avoir énoncé l'espèce : l'édile a détruit les lits placés dans la rue, il décide : pour savoir qui supportera les risques, il faut rechercher si la tradition a eu lieu ou non. Et c'est tout. Nul indice que le vendeur a commis une faute : qu'en réalité il n'y ait pas eu faute, on peut le déduire de la l. 54 Dig. 19, 1 (2), où le même Paul qui a résumé les textes dont la critique constitue l'objet du présent paragraphe, examine dans quelles con-

(1) Voir par ex. Ant. PEREJUS, *Prælect. in duod. libros Cod.* (1671)), tit. XVIII, p. 317 : « Nam respondero quod ibi præsupponendum sit, culpam venditoris præcessisse, qui non cavît ab occursu ædilis. Omnibus enim notum erat solere ædilem viarum munditiam exacte curare, omniaque impedimenta, quæ transversa occurrebant, ex tempore et indicta causa tollere. Culpæ ergo venditoris imputatur, quod cum usus publici, lectos venditos quos tradere obligatus fuit, in via publica posuerit. Ant. FABER, *Conjecturæ*, lib. II, cap. IV, p. 28. VOET, *op. cit.*, p. 717. PANCIROLUS, *Thesaurus variarum llectionum utriusque juris* (In *Jurisprudentia romana et attica*, Lugduni Batavorum (1739), t. II, col. 1158. MUEHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, § 397, n. 2. WAECHTER, *Archiv. f. d. civilist. Prax.* Bd. XV (1832), p. 191, n. 3. ACCARIAS, *Précis* (1874), II, p. 461, n. 2. MAYNZ, *Cours de droit romain* (4^e éd. 1877), § 210, n. 8, p. 206. RAMOND, *Th. cit.*, p. XLII. MOLITOR, *Les oblig. en droit rom.* (1874), I, n^o 425, p. 524. P. van WETTER, *Les obligations*, I, p. 89, n. 13. BOURBEAU, *La théorie des risques*, p. 42. F. ANAU, *Archivio Giuridico*, p. 118 : « Le vendeur se trouvait dans une des positions dans lesquelles il s'agit de *casus dolo et culpa determinatus*. La faute consiste dans le fait que le vendeur a exposé sur la voie publique des objets vendus contrairement à l'édit édicilien ». MOMMSEN, *Beiträge* (1853), Bd. I, § 28, p. 333. CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains*, II, p. 405, n. 7. GIRARD, *Manuel* (6^e éd.), p. 557, n. 3.

(2) Sur cette loi, HAYMANN, *Z. S.-St.* (1919), pp. 258-260.

ditions la détérioration de la chose vendue, arrivée avant la tradition, devrait être mise à la charge du vendeur comme une conséquence de sa faute. Il est évident qu'il n'aurait pas manqué de mentionner dans notre texte que le vendeur était en faute, si faute il y avait.

En outre, s'il s'était agi de la faute, à quoi bon la distinction de la *res tradita* de la *res necdum tradita* ? On se demande comment le vendeur peut commettre après la tradition une faute se rapportant à la chose vendue, et s'il en commet une, pourquoi il n'en est pas responsable.

Enfin rien n'est moins prouvé que l'assertion que l'édile a agi dans les limites de ses pouvoirs. Les édiles devaient surveiller que rien ne fût jeté *ante officinas* (2). Mais il n'était pas défendu d'exposer les objets devant la boutique, pourvu que *vehiculum iter facere possit* (3). Mais même si les objets exposés entravaient la circulation, les édiles devaient avant de les détruire, ordonner qu'on les enlevât, ou infliger une amende, avant d'arriver à des extrêmes, comme c'est le cas dans notre texte (3).

Seulement les édiles, guidés par la haine ou la colère, dépassaient quelquefois les limites de leurs pouvoirs et agissaient contrairement au droit (4).

(1) L. 1 §§ 4 et 5 Dig. 43,10.

(2) L. 1 § 4 Dig. 43,10. Jhering, *Gesammelte Aufsätze* (1881), Bd. I, Abh. 7 : *Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract*, p. 470, ou in *Jahrbüch. f. d. Dogm.* IV (1860), p. 45 sq.

(3) Il. 1 et 2 Dig. 43,10.

(4) L. 29 § 7 Dig. 9,2 ; 32 Dig. 47,10 : Ulpianus libro quadragensimo au Sabinum. Nec magistratibus licet aliquid injuriose facere. si quid igitur per injuriam fecerit magistratus... injuriarum potest conveniri. V. aussi Ev. Otto, *de ædilibus coloniar. et municipiar.* cap. XIII, § 5. Gluck, *Pand.*, XVII, 145.

Notre loi 14 (13) nous fournit un exemple de cette conduite contraire au droit. Or, de même qu'au cas de la l. 33 Dig. 19, 2, notre vendeur n'a pas pu prévoir cet abus de pouvoir ni lui opposer une résistance efficace, et c'est pourquoi nos lois, de même que la loi 33, ne l'obligent pas, jusqu'au montant de l'intérêt de l'acheteur, mais seulement à restituer le prix.

Il y a donc, dans la conduite de l'édile rapportée par notre texte un véritable cas fortuit contre lequel on ne peut pas se défendre. Notre loi, pour savoir qui doit en supporter les conséquences, ne se demande pas s'il y a faute ou non; elle se demande si la tradition a eu lieu ou non pour pouvoir appliquer le principe *periculum est venditoris*. Le propriétaire qui aura les risques se servira bien entendu de l'*actio legis Aquiliæ* contre l'édile, mais c'est une autre face de la question. Ce que notre texte veut dire surtout, c'est que, pour savoir qui supportera les risques, il faut chercher si la tradition a eu lieu ou non.

Ajoutons enfin avec Jhering (1) qu'on ne peut pas expliquer nos textes par la faute du vendeur, « car des deux choses l'une : ou le fait d'avoir mis les lits sur la voie publique constitue par lui-même une faute — dans ce cas on s'explique pourquoi le vendeur reste obligé pendant le temps précédant la tradition, mais on ne voit plus comment il peut abandonner impunément la chose à son sort tout de suite après la tradition, ou le délai convenu pendant lequel elle devrait être enlevée; — ou, au contraire, le fait d'avoir abandonné la chose ne constitue aucune faute — et

(1) *Loc. cit.*

alors au point de vue de la compilation on ne s'explique plus pourquoi le vendeur est responsable, avant la tradition, des conséquences de cet acte. »

2. — D'après une autre opinion, il s'agirait, dans nos textes, de la faculté qui appartient à tout débiteur de se soustraire à son obligation, après la mise en demeure du créancier, en en abandonnant l'objet (1). Les mots : *cum... positi essent* feraient allusion à cet acte d'abandon. On a rapproché ainsi nos textes de la l. 1 §§ 3 et 4 Dig. 18, 6, où on parle de l'effusion du vin vendu et non emporté dans le délai convenu ou d'usage.

Cette explication est arbitraire. Le texte ne dit pas que le vendeur a mis les lits dans la rue *parce que* l'acheteur était en demeure, mais il pose la question des risques et la résout suivant que la tradition a déjà eu lieu ou non. *Il assimile* à l'accomplissement de la tradition la demeure de l'acheteur (créancier). Avec cette explication la distinction de la *res tradita* de la *res necdum tradita* devient incompréhensible.

3. — Il faut aussi écarter l'explication de Noodt (2), d'après laquelle il n'y a faute ni de la part du vendeur, ni de la part de l'acheteur, mais un agissement inique de l'édile dirigé contre le vendeur ; si celui-ci supporte les risques, c'est parce que c'est à lui que l'édile

(1) F. RAUTMANN, *Rechte des Verkäufers bei mora accipiendi des Käufers nach gemeinem und Handelsrecht*, inaug. diss. Göttingen (1889), p. 21, n. 3 (cité par ARNÖ, *La Teorica*, p. 10, n. 1. Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* II, § 346, n. 6 et les auteurs cités par lui HOFMANN, *Periculum*, Beitrag I, p. 163.

(2) *Comm. ad Dig.*, l. XVIII, tit. VI, § admonet, p. 418.

a voulu nuire. Car, si vraiment l'édile avait agi uniquement contre le vendeur, ce serait un cas fortuit type contre lequel le vendeur ne pouvait pas se défendre, et on ne voit pas pourquoi on n'appliquerait pas ici le principe : *periculum est emptoris*. En outre, du point de vue de la législation de Justinien, cette explication serait contredite par la l. 14 qui donne au propriétaire l'action *legis Aquiliæ* et à l'acheteur l'*actio ex empto* pour en poursuivre la cession par le vendeur. Pourquoi donner cette *actio ex empto* à l'acheteur, si c'est le vendeur qui doit supporter les risques avant la tradition (1) ?

4. — On a essayé d'écarter l'argument qui se trouve dans ces textes contre la théorie de la compilation, en soutenant qu'ils sont étrangers à la question, puisqu'ils ne s'occupent pas d'une vente de corps certains, mais d'une vente de genres.

Les *lecti empti* ne seraient pas des lits individualisés, mais des lits à prendre dans le magasin du vendeur, ou des lits commandés à un menuisier que celui-ci devait faire et livrer à l'acheteur (2). Le fait que le vendeur avait mis de côté ou achevé des lits commandés, avant leur destruction par l'édile, ne peut pas changer la nature du contrat : malgré l'individuali-

(1) GLÜCK, *Pand.*, XVII, p. 146. En se basant sur cette observation, Glück conclut que nos textes ne contiennent rien de contraire au principe *periculum est emptoris*, puisqu'en cas de destruction des lits avant la tradition, l'acheteur obtient la cession de l'*actio legis Aquiliæ* en agissant *ex empto*. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il supporte toujours les risques ? Mais nous avons vu plus haut (p. 161 sq.), que la phrase *aut certe præstaret* est des compilateurs et ne prouve par conséquent rien pour le droit classique. Dans le même sens que Glück, Westphal, *Vom Kauf*, § 615.

(2) VANGEROW, *Pand.*, III, § 591, n° IV, p. 208.

sation de son objet, ce contrat reste un contrat ayant pour objet des genres. Or, il est hors de contestation que dans la vente de genres les risques restent à la charge du vendeur jusqu'à la tradition ou la mise en demeure de l'acheteur, en vertu de la règle : *genera non pereunt*.

Cette théorie est celle de la Glose (1). Elle a été acceptée par Jhering (2). Voici son raisonnement. Dans une vente de genres, le vendeur reste tenu des risques jusqu'à la tradition ou la *mora accipiendi*. Le fait que ce vendeur a individualisé l'objet de la vente en le séparant de la masse et le mettant de côté pour l'acheteur est sans importance. Ainsi dans le cas de commande d'un habit sur mesure, à faire avec l'étoffe que le client choisit chez le tailleur, c'est le tailleur qui supporte les risques de l'habit, même si le client l'a essayé ou approuvé avant qu'il fût terminé. « Le genre qu'on a commandé ne devient pas l'espèce, même si pendant sa confection celui qui l'avait commandé l'a eu plusieurs fois sous les yeux, et même s'il a déclaré l'approuver. Tout ce qui ressort de ce fait est qu'il savait que la chose lui était destinée. Mais, ni le fait *objectif* que cette chose était destinée à l'acheteur, ni la conscience *subjective* que l'acheteur avait de cette circonstance ne suffisent à convertir

(1) V^o *Lectos emptos*. La Glose suppose aussi que la vente de nos textes est une vente de corps certains ; si les risques sont pour le vendeur, c'est que par une *convention expresse*, les parties les ont laissés à sa charge jusqu'à la tradition. Mais cette explication est divinatoire, par conséquent de nulle valeur. Comp. PANCIROLUS, *Thes. variar. lectionum utriusque juris*, in *Juriprud. rom. et attica* (1739), T. II, col. 1158.

(2) *Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract*, in *Jahrbuch. f. d. Dogm.* Bd. IV (1860), p. 415 sq.

une *emptio generis* en une *emptio speciei*. Pour atteindre ce but il faudrait faire un nouveau contrat par lequel le contrat primitif serait changé en un autre qui aurait pour objet cette *species* ». On ne peut pas parler d'une faute du vendeur. « Le jurisconsulte fait dépendre sa décision uniquement de la tradition : si les lits ont été livrés ou si la tradition a été empêchée par la demeure de l'acheteur, les risques sont à la charge de ce dernier ; dans le cas contraire c'est le vendeur qui les supporte. Mais c'est seulement dans l'*emptio generis* que la tradition a cette importance décisive. Or, je pense que le jurisconsulte Alfenus, auquel appartient le Digeste dans lequel Paul a pris ce cas pour le mettre dans ses *Epitomæ Alfeni*, avait ainsi rapporté la question ; mais la *species facti*, à la suite de deux extraits qui en ont été faits successivement par Paul et par les compilateurs, a pris cette forme dans laquelle elle se trouve dans les Pandectes. Cette hypothèse est basée sur le fait que le cas de *materia emptæ* (l. 15 § 1), traité par Alfenus et Paul immédiatement après notre texte, se rapporte aussi à une *emptio generis* » (1).

Malgré l'autorité qui s'attache au nom de ses défenseurs, cette explication est loin d'être la vraie. Comme l'a remarqué Pernice (2), les mots *lectos emptos... concidit* semblent bien dire que nous sommes en présence d'une *emptio speciei*. D'ailleurs le même Jhering reconnaît que pour pouvoir interpréter nos lois comme

(1) Dans le même sens : BEKKER, *Zur Lehre von Genuskauf*, in *Jahrbüch. des gem. deutschen Rechts*, Bd. V (1862), p. 381. V. aussi. LAUTERBACH, *Ad Pand.*, lib. XVIII, tit. VI, n° 2.

(2) *Labeo*, I, p. 463, n. 28.

il le fait, il faut forcer le sens des mots et il ajoute que, si c'est à ce prix qu'on peut arriver à faire disparaître cette contradiction de la législation de Justinien, ce n'est pas, en somme, bien cher. Nous verrons, dans un instant, comment il faut comprendre ces lois dans la législation de Justinien, et quel est le sens que les compilateurs leur ont donné dans un ensemble des textes qui contiennent le principe *periculum est emptoris*. Remarquons seulement que dans la discussion de nos lois, le grand romaniste Jhering a pris tout à fait la position des post-glossateurs.

Quant à l'argument tiré par Jhering, en faveur de son explication, de ce que le jurisconsulte indique le moment de la tradition comme décisif pour le passage des risques, c'est une pétition de principe. On peut s'appuyer avec autant de raison sur ce texte pour soutenir, comme l'a fait Cujas, que le principe *periculum est venditoris* était un principe général et non pas spécial à la *venditio generis* (1).

5. — Il faut rapprocher de l'explication par la faute une autre manière de comprendre nos textes, et il est probable que c'est dans ce sens que les compilateurs les ont entendus. S'il n'y a pas, à proprement parler, une faute à la charge du vendeur par rapport à l'édit des édiles, il y a, dans les rapports entre l'acheteur et le vendeur, manquement par celui-ci à la *custodia*. Or le vendeur jusqu'à la tradition répond non seulement de sa faute, mais aussi de la *custodia* (2).

(1) Voir contre cette explication aussi PANCIROLUS, *loc. cit.*

(2) BURGUNDIUS, *Commentarius de periculis et culpis in contractibus* (1646), p. 103 sq. P. BURGIVS, *Electorum liber*, cap. XIII (in OTTO, *Thesaurus*, I, p. 333). HOFMANN, *Periculum*, p. 161 sq. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten* (1881), § 212, p. 520. DERNBURG, *Pand.* II, § 96, n. 2. MANENTI, *Studi Senesi*, vol. 4 (1887), p. 248 sq., dont nous allons rapporter les développements.

Et voici comment on raisonne pour prouver que nos textes s'occupent de la responsabilité pour la *custodia* :

Les artisans de la Rome antique, et plus spécialement les fabricants de meubles et en général d'objets occupant beaucoup d'espace et qui ne se dégradaient pas en plein air, avaient l'habitude d'exposer les objets de leur fabrication en dehors de leurs boutiques, dans le but de gagner de l'espace et de les vendre plus aisément. Une telle faculté a été reconnue expressément aux *fullones* et aux *fabri* (l. 1 § 4 Dig. 43, 10). Nos textes mêmes nous disent que cette exposition sur la voie publique pouvait bien ne constituer aucune violation de l'ordre public, de sorte que l'acte de l'édile détruisant les lits exposés était un abus de pouvoir et devait donner lieu contre lui à une *actio legis Aquiliæ* au profit du menuisier.

On sait qu'il est dans la nature et dans le but des lois de la police administrative, spécialement de celles concernant la liberté de la circulation dans les rues et les occupations du terrain public, de laisser à l'autorité chargée de veiller sur leur observation une certaine liberté d'appréciation, en ce qui concerne l'application des sanctions par elles établies. Ainsi nous pouvons admettre que, dans une époque de réglementarisme limité comme l'époque romaine, cette faculté d'exposition des artisans avait des limites déterminées seulement approximativement par l'usage. User de cette faculté dans ces limites était une chose qui correspondait à un degré de *prudence moyenne*, déployée dans la garde de ses

propres choses, de ses propres ouvrages, car l'édile, mu par un zèle insolite, ou poussé par des circonstances extraordinaires, pouvait, en usant dans toute sa rigueur du droit que lui donnait la loi, démolir l'*opus*.

Or une telle prudence ordinaire dans la garde de la chose vendue ne suffisait pas à exonérer le vendeur de la perte de la chose dans le cas, rare il est vrai, mais toujours possible, d'un acte rigoureux de la part de l'édile (l. 3 Dig. 18, 6). Mais cette somme de prudence devenait suffisante du moment où l'acheteur avait consenti à pareille garde, par le fait d'avoir reçu la chose ou de s'être fait mettre en demeure. Si le jurisconsulte romain a considéré comme décisif le moment de la tradition ou de la demeure, c'est donc uniquement parce que cette circonstance avait pour effet dans notre espèce de diminuer la responsabilité du vendeur, et non comme le pense Jhering, parce qu'on est en présence d'une vente de genres.

Mais si, comme nous le croyons, c'est dans ce sens qu'il faut comprendre les textes de la compilation, ce n'est pas dans ce sens que les classiques les ont entendus. En effet, nous avons vu plus haut que le vendeur en droit classique ne répond pas de la *custodia* ; tous les textes qui parlent d'une responsabilité du vendeur pour la *custodia* ont été interpolés, et la l. 3 Dig. 18, 6, par conséquent, aussi (1).

(1) HAYMANN, Z. S.-S. Bd. 40, p. 347. V. aussi SECKEL, *Heumanns Handlexikon*, p. 118, ainsi que SCHULZ, *Krit. V.-Schr.* (1912), p. 89.

6. — Il faut signaler aussi une explication hasardeuse et qui n'est basée sur aucun argument, mais qui ne s'en rapproche pas moins pour cela de la vérité : nos lois, ainsi que la l. 33 Dig. 19, 2, contiendraient vraiment une théorie sur les risques différente de celle de la compilation, mais cette théorie contraire aurait depuis longtemps cessé d'être soutenue (1).

Comme nous l'avons fait à propos d'une explication semblable de la l. 33 Dig. 19, 2, nous dirons que cette explication est exacte, à condition de s'entendre sur la date du changement. Pour nous, et nous le prouverons dans le chapitre suivant, ce changement a été opéré seulement par les commissaires de Justinien ; c'est donc seulement avec la promulgation de la compilation que le principe *periculum est venditoris* a cessé d'être appliqué.

Concluons cette discussion des ll. 13 et 15 pr. Dig. 18, 6 : ces textes ne peuvent être expliqués autrement que par l'existence dans le droit classique du principe d'après lequel les risques de la chose vendue restaient à la charge du vendeur jusqu'à l'accomplissement de la tradition.

II. — L'autre cas contenu dans nos textes est celui qui se trouve dans la l. 15 § 1: Primus a vendu à Secundus des planches qui ont été volées ensuite. Comme dans le cas précédent, Alfenus et Paul font ici aussi une distinction, suivant que la disparition a eu lieu avant ou après la tradition : dans la première hypothèse les risques seraient pour le vendeur, dans la seconde, pour l'acheteur.

(1) REATZ, *Zur Lehre vom Casuellen Untergang obligatorischen Rechte*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, Bd. XV (N. F. 1858), p. 379 sq. V. aussi PERNICE, *Labeo*, I, p. 463, n. 28.

Comme dans le cas précédent, les interprètes ont essayé d'expliquer la décision de notre texte, et de la mettre d'accord avec le principe *periculum est emptoris*. Les mêmes raisons que nous avons opposées à l'explication des ll. 13 et 15 p. par la faute du vendeur, peuvent être invoquées ici contre les auteurs qui expliquent de la même façon notre texte (1), ou qui disent, ce qui revient au même, que notre vendeur n'a pas pu prouver qu'il lui était impossible d'éviter le vol (2).

L'explication encore courante de ce texte est celle qui se trouve dans la Glose. Il s'agirait dans notre texte d'une vente de genres, *materia in genere vendita*, qui ne devient parfaite que par la tradition qui opère l'individualisation de l'objet (3). D'ailleurs le seul mot *materia* indiquerait suffisamment qu'il s'agit là d'un genre, et les mots *videri autem trabes traditas quas emptor signasset* confirmeraient l'idée que c'est seulement par la tradition que l'individualisation est opérée.

Cette explication, comme l'a déjà remarqué Lykla-

(1) MAYNZ, *Cours*, § 210, n. 8, p. 206. VAN WETTER, *Les Obligations*, I, p. 89, n. 13. MOLITOR, *Les Oblig.*, I, n. 425.

(2) POTHIER, *La vente*, n° 307.

(3) VOET, *op. cit.*, p. 717 : Minus obest l. quod si neque (15) 14 § 1 ff. h. t. Non enim ibi de specie vendita, sed materia sermo est, certo scilicet trabium numero ex maiore trabium quantitate distracto, ac per signationem eligendo. LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand. h. t.* §§ 15 et 21. JHERING, *loc. cit.* BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *Archiv f. civ. Pr.* Bd. XXVIII (N. F. 1892), § 8, p. 274. VANGEROW, *Pand.*, III, § 591, n. IV. p. 208. PROUSTEAU, *Recil al leg.* 23 D. de reg. jur. cap. VII, § 9 (in MEERMANN, *Thesaurus*, III, p. 517). CUQ, *op. cit.*, II, p. 405, n. 7. GIRARD, *Manuel*, p. 557, n. 3.

ma van Nyholt (1), est arbitraire. Le mot *materia* est employé ici, comme dans plusieurs autres endroits de la compilation; dans le sens de *species* et non de genre (2). En outre, les mots *videri-signasset*, au lieu de confirmer l'hypothèse d'un genre, nous semblent au contraire en parfait accord avec notre manière d'entendre le texte. En effet, il s'agit là d'une tradition atténuée (3). Puisqu'on considère comme équivalente à la tradition la mention dans l'acte de vente que l'esclave a été livré, quoiqu'il reste en réalité chez le vendeur, pourquoi ne pas voir un acte équivalent à la tradition dans l'apposition des marques par l'acheteur sur la *species* achetée ? Trebatius dans la l. 1 § 2 Dig. 18, 6 affirme que la *signatio* équivaut à la *traditio* (4). La tradition dont parle notre texte n'a pas pour but de déterminer l'objet vendu, mais de marquer le moment du passage des risques. Enfin, cette pensée est confirmée par une autre observation : il est impossible que notre paragraphe déclare la tradition nécessaire comme un moyen d'individualisation de l'objet vendu, tandis que le *principium* la déclare nécessaire pour le passage des risques à l'acheteur,

(1) *Membranar.*, vol. II, lib. VI, Eccl. 3, p. 33, cité par Glück, *Pand.* XVII, p. 147.

(2) Voir p. ex. : l. 12 pr. Dig. 7,1. Comp. l. 55 pr. Dig. 32. Voir aussi ce que dit Ulr. Huber, *Praelect. iur. civ. ad Pand.* h. t. § 5 : *materia est rude lignum, trabes, ut in fine legis, res in specie certa, quia furto perire dicuntur*. Dans le même sens Glück, *Pand.* XVII, p. 186.

(3) ARNO, *La Teorica*, p. 24 sq.

(4) V. aussi c. 1 Cod. 8,53 (54) suspectée par Alibrandi, *Opere giuridiche e storiche*, vol. I (1896), p. 260. V. aussi KOHLER, *Das Signirung als Besitzergreifungsact*, in *Zeitschrift f. d. Privat- und öffentliche Recht*, Bd. XII (1885), p. 15. Comparer ce que nous disons plus haut à propos d'une explication pareille des ll. 13 et 15 pr. D. 18,6.

sans que l'auteur du fragment tout entier nous avertisse du changement du point de vue (1).

D'autres interprètes ont essayé de mettre notre texte d'accord avec le *periculum emptoris* en disant qu'il ne s'occupe pas du *periculum*, mais de la *custodia*. Le vendeur doit la *custodia*; or c'est un principe du droit romain que celui qui doit la *custodia* répond de tout vol (2). C'est seulement pour le cas de *vis major* que le *custodiens* n'en répond pas, *quia custodia adversus vim parum proficit* (3). Si donc la chose disparaît à la suite d'un vol, le vendeur doit indemniser l'acheteur de tout l'intérêt que celui-ci avait à ce que la chose ne fût pas volée (4).

Cette explication de notre texte par la théorie attribuant l'*actio furti* au vendeur *parce que* le vendeur serait tenu de la *custodia* n'est pas exacte; nous croyons avec M. Haymann que le vendeur n'en était pas tenu en droit classique. Ajoutons avec Haymann (5) que, si on admettait la théorie attribuant l'*actio furti* au vendeur comme tenu de la *custodia*, on attribuerait à l'expression *periculum venditoris ante traditionem* deux sens inconciliables : l'un dans le pr., l'autre dans le § 1. Or, le § 1 se rattache au pr. du fr. 15: ces deux paragraphes doivent se placer au même point de vue juridique. Bien plus, Alfenus et

(1) HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 41, p. 76.

(2) 13 ; 15 ; 16 Inst. 4,1 ; l. 12 pr. ; l. 14 §§ 10 et 17 Dig. 47,2 ; l. 52 § 3 Dig. 17,2.

(3) L. 31 pr. Dig. 19,1.

(4) L. 35 § 4 Dig. 18,1. GLUCK, *Pand.* XVII, p. 147 sq. DERNBURG, *Pand.* II, § 96, n. 2. MOMMSEN, *Beiträge* (1853), Bd. I. § 28, p. 333. ANAU, *Arch. Giuridico* (1888), p. 188. SECKEL, *Heumanns Handlexikon*, v^o *Custodia*, p. 118.

(5) Z. S.-St. Bd. 41, pp. 76-77.

Paul auraient attribué au mot *periculum* deux sens inconciliables dans la même phrase. *Emptoris esse periculo* aurait désigné l'obligation incombant à l'acheteur de payer le prix malgré la perte de la chose ; — *si minus venditoris* aurait désigné l'obligation du vendeur de dédommager l'acheteur pour l'intérêt qu'il avait à recevoir la chose, intérêt qui pouvait dépasser la valeur de cette chose.

Il faut donc convenir que notre texte contient le *periculum venditoris*, comme les ll. 13 et 15 pr. *eodem*. Mais il ne faut pas lui demander plus qu'il ne peut donner : on ne peut pas l'invoquer, comme l'a fait Haymann (1) en soulignant les mots *si minus venditoris*, contre la classicité de la théorie d'après laquelle c'est le vendeur seul qui a l'exercice de l'*actio furti* (2). Examinons donc en eux-mêmes les mots « *si minus venditoris* ». Rappelons-nous qu'ils figurent dans un *responsum* d'Alfenus. Un *responsum* s'entend aux données de l'espèce proposée (du moins à l'époque ancienne, et nous sommes au temps d'Alfenus) ; il n'envisage pas de controverses générales comme le font les scolastiques. Il s'agissait en réalité des planches vendues par Pierre à Paul et livrées par Pierre. Elles étaient volées. On demandait à Alfenus pour qui étaient les risques. Il répondait : Pour l'acheteur. Mais comment pareille question pouvait-elle se poser ? Des planches vendues, livrées, donc devenues (puisqu'elles sont des *res nec mancipi*) propriété

(1) Z. S.-St. Bd. 40, p. 276 et Bd. 41, p. 77.

(2) Nous empruntons les développements qui suivent à une note manuscrite de notre maître, M. le professeur Huvelin, relative au § 17, II, 31 des *Sentences* de Paul, qu'il a bien voulu nous communiquer.

de l'acheteur, ne peuvent être, semble-t-il, qu'aux risques de l'acheteur. La difficulté apparaît dans la fin du texte. Evidemment la tradition avait été faite par l'apposition de la marque de l'acheteur sur les planches vendues. Mais ces planches étaient encore chez le vendeur, — sous la garde du vendeur. C'est pour cela qu'on se demandait si les risques n'étaient pas pour le vendeur, malgré la tradition effectuée. Alfenus répondait que rien n'était changé par là. Remarquons même que l'ancien vendeur, Pierre, n'était plus vendeur, puisque la vente était exécutée. Qu'était-il ? Tout au plus *negotiorum gestor* ou mandataire de Paul, selon les cas (1).

Mais à quoi correspondent les mots « si minus venditoris » ? Haymann les oppose, sans le bien expliquer, aux mots « postquam tradita esset ». L'alternative serait la suivante : 1° Si les planches ont été livrées les risques sont pour l'acheteur : 2° Mais si les planches n'ont pas été livrées (: *si minus...*), les risques sont pour le vendeur. — Mais avouons que dans ce cas le jurisconsulte a bien mal parlé. Car, dans le premier terme de l'alternative, il n'y a pas : « si les planches ont été livrées » ; il y a : « après que les planches ont été livrées. Si ne s'oppose pas à après

(1) Pour nous, la question pratique qu'on avait soumise à Alfenus était un peu différente. Des planches que Pierre avait vendues à Paul et sur lesquelles Paul avait apposé sa marque ont été volées. Le vendeur Pierre prétendait que les risques doivent être supportés par l'acheteur, *parce que la signatio est un acte équivalent à la tradition* ; Paul, l'acheteur, ne voyait pas l'accomplissement de la tradition dans la *signatio* (comp. l. 1 § 2 Dig. 18,6). Consulté, Alfenus a commencé par rappeler le principe : *après la tradition* les risques sont pour l'acheteur ; et il a ajouté que la *signatio* équivaut à la tradition. Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne la question des risques, le résultat est le même avec les deux explications.

que. Postquam tradita esset représente une des données de l'espèce qu'Alfenus avait à résoudre, et qu'il n'avait pas à changer. Certainement les mots « *si minus venditoris* » n'appartiennent pas à Alfenus, s'ils ont vraiment le sens que leur prête Haymann.

En auraient-ils donc un autre ? Si l'on n'oppose pas « *si minus* » à « *postquam...* » il ne resterait qu'à l'opposer à « *si furto perisset* ». L'alternative serait alors la suivante : 1° Si les planches livrées ont péri par l'effet d'un vol, les risques sont pour l'acheteur ; 2° Si les planches livrées ont péri autrement (par exemple par *damnum*, ou par cas de force majeure), les risques sont pour le vendeur. Ce serait absurde.

Conclusion : Les mots « *si minus venditoris* » ne peuvent guère avoir d'autre sens que celui que propose Haymann. Mais ils ne figuraient pas au *responsum* original d'Alfenus. Je ne crois pas qu'ils puissent non plus provenir de Paul. Celui-ci a parfois remanié les témoignages d'Alfenus qu'il rééditait. Mais : 1° Il n'a pas dérogé aux préceptes qui régissent habituellement l'économie des *responsa* ; 2° Il a effectué les remaniements avec le souci de correction qu'avaient tous les classiques. Ce n'est pas lui qui aurait opposé *si* à *postquam*, et qui nous aurait produit un texte si obscurci, par l'insertion des mots « *si minus venditoris* », qu'on n'est pas sûr de le comprendre.

Pour moi les mots « *si minus venditoris* » représentent une glose marginale incorporée après coup au texte. Ce ne sont pas en effet les compilateurs qui ont pu, me semble-t-il, faire là une interpolation,

puisque cette interpolation irait à l'encontre de la règle qu'ils admettaient en matière de *periculum rei venditæ*. Tout ce qu'on peut leur imputer, c'est d'avoir, par inadvertance, laissé subsister dans le texte une glose qui y était déjà insérée. Remarquons qu'on est bien obligé d'imputer pareille inadvertance aux compilateurs. Car, si, pour la l. 15 pr. on peut invoquer une raison spécieuse pour justifier le maintien par les compilateurs de la solution attribuée à Alfenus et Paul, il n'en existe aucune de même ordre pour le § 1. Il n'y a pas apparence que les compilateurs aient prétendu imputer une faute au vendeur des planches pour mettre les risques à sa charge, au cas où les planches n'auraient pas été livrées par lui. Par contre, il est très facile de comprendre qu'un lecteur de l'Épitome d'Alfenus, composé par Paul, rencontrant un texte ainsi conçu :

Materia emptæ si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit : videri autem, etc.

ait cru devoir écrire en marge : « si minus venditoris ».

Notre texte consacre donc de toute façon le *periculum venditoris*, et c'est essentiel pour nous. Mais on ne peut pas l'invoquer contre la classicité de la théorie qui attribue au vendeur seul l'exercice de l'*actio furti* (1).

(1) Contre cette théorie Haymann a invoqué l'interpolation des textes qui la contiennent. Contre la l. 14 pr. Dig. 47,2 il n'invoque de critère de forme que dans la seconde phrase, à partir de *mandare eum...* (Z. S.-St. 40, p. 302) ; nous sommes d'accord avec lui sur ce point (v. plus loin) ; mais il n'a rien à reprocher en la forme à la décision fondamentale énoncée au début par le texte. Pour la l. 81 pr. D. 47,2, il invoque un critère de forme trop contestable. Il y a « Si vendidero neque tradirero servum et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi competat actio ». Au lieu du présent du subjonctif (: *subripiatur*), Haymann croit qu'il aurait fallu le parfait du subjonctif (: *subreptus fuerit*), parce que c'est le parfait du subjonctif qui correspond au futur antérieur employé dans les propositions précédentes, également introduites par *si* (Z. S.-St. 40, p. 307). C'est absolument inexact. Car *vendidero* et *subripiatur* n'expriment pas des actions contemporaines. *Si vendidero* signifie : « Si j'ai vendu » (: dans le passé) et *si subripiatur* signifie « s'il est dérobé » (: dans l'avenir ou tout au plus dans le présent). De même que la première proposition employant l'indicatif avec *si*, parce qu'elle énonçait une donnée certaine de l'espèce, est suivie d'une seconde proposition employant le subjonctif, parce qu'elle énonce une éventualité, il doit y avoir mutation de temps de la première à la seconde, parce que les deux propositions énoncent des faits qui se succèdent chronologiquement.

Enfin Haymann invoque le § 17, II, 31 des Sentences de Paul :

Si res vendita ante traditionem subrepta sit, emptor et venditor furti agere possunt ; utriusque enim interest rem tradi vel tradere.

Mais il est obligé de donner à ce témoignage de Paul un sens inattendu. Paul attribue l'*actio furti* à l'acheteur *et* au vendeur. Tout le monde a compris qu'il voulait la leur attribuer *alternativement*. Haymann, par contre, la leur attribue *cumulativement* (Z. S.-St., Bd. 40, p. 275). Le vendeur ayant perdu par vol sa créance du prix (*periculum venditoris*), agit *furti*, pour obtenir le double du prix. L'acheteur ne pouvant plus obtenir la chose et ayant peut-être (???) un intérêt à l'obtenir supérieur au prix qu'il ne va pas verser, agit *furti* pour obtenir le double de la différence entre son intérêt et le prix convenu. Cette explication est tout simplement fantastique. Il peut arriver en effet que l'intérêt de l'acheteur dépasse le prix convenu. Mais cela n'arrive pas toujours, — même pas ordinairement. Comment alors Paul, peut-il attribuer l'action *furti* au vendeur *et* à l'acheteur sans préciser davantage, et comme si cette attribution en partie double s'imposait dans tous les cas ? Il est faux de dire que deux y aient intérêt *dans tous les cas*, et c'est une raison grave de suspecter ce texte d'une interpolation préjustinienne (Huvelin, dans la note citée). Dans ce sens Seckel-Kübler, dans leur édition des *Sentences* de Paul, et Schulz, Z. S.-St. Bd. 32, p. 75 sq. *Einführung*, p. 39.

§ 5. — AUTRES ARGUMENTS POUR LA CLASSICITÉ
DU PRINCIPE PERICULUM EST VENDITORIS.

Nous réunissons dans ce paragraphe les autres textes et circonstances qui sont inconciliables avec l'hypothèse d'après laquelle la tradition serait sans importance, dans le droit classique, pour le passage des risques à l'acheteur. Prenons d'abord la l. 1 pr. in fine et § 2 Dig. 18, 6.

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Sed si nondum sunt degustata signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris nisi si aliud convenit. § 1..... § 2. Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri : Labeo mutetur, signari solere quam ut traditum videatur.

Ces développements d'Ulpien sont séparés dans le Digeste par le § 1 qui est, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, en entier l'œuvre des compilateurs. Si on élimine ce paragraphe nous voyons Ulpien dire que malgré la *signatio* des tonneaux, les risques restent à la charge du vendeur parce que, contrairement à l'idée de Trebatius, la *signatio* n'équivaut pas à la tradition. Peut-on dire plus clairement que jusqu'à la tradition, les risques restent à la charge du vendeur ?

L. 15 Dig. 23, 3 :

Pomponius libro quarto decimo ad Sabinum.

Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert ac si tradidisset, quia quod evenit emptoris periculo est.

Cette loi aussi est, comme nous le verrons plus tard, interpolée. Par elle les compilateurs veulent nous dire que le mari supporte les risques de la dot si celle-ci périt avant la tradition à la suite d'un cas fortuit, et sans que la femme soit en demeure. Par conséquent, lors de la dissolution du mariage, la femme en pourra réclamer la restitution, *ac si tradidisset*. Ces mots : *ac si tradidisset* sont incompréhensibles du point de vue des compilateurs : dans la théorie *periculum est emptoris* le moment de la tradition est sans aucune importance, puisque les risques passent à l'acheteur aussitôt que la vente est parfaite. Nous devons en conclure que les compilateurs ont oublié, dans la hâte avec laquelle ils travaillaient, de les faire disparaître, et ainsi se trouve conservé un indice de la théorie classique des risques (1).

L. 5 § 2 Dig. 18, 5 (2).

Ici aussi comme dans le texte que nous venons de critiquer, l'affirmation que le contrat de vente, après la mort de l'esclave, doit être traité *comme si la tradition avait eu lieu*, est parfaitement inutile du point de vue du *periculum emptoris*. Pourquoi cet « *ac si*

(1) HAYMANN, Z. S.-St., Bd. 41, p. 132.

(2) Voir le texte plus haut, § 3, IX.

traditus fuisset » si les risques sont pour l'acheteur dès que la vente est « parfaite » ?

Il est probable, comme le conjecture M. Haymann (1), que, si les §§ 1 et 2 ne se suivaient pas dans l'original d'où ils ont été extraits, Julien a dû s'occuper dans le § 2, comme Pomponius dans le texte que nous venons de critiquer, de l'hypothèse d'une demeure de l'acheteur, et alors dans ce cas les mots *ac si traditus fuisset* sont compréhensibles sous la plume d'un classique ; si au contraire on croit que dans le Digeste de Julien les deux textes se suivaient, celui-ci s'y est occupé de *contrarius consensus* : dans le cas de mort de l'esclave vendu, un *contrarius consensus* serait impossible comme dans le cas où la tradition a eu lieu.

La c. 2 Cod 4. 48 fournit aussi une preuve en faveur de la classicité du *periculum venditoris*.

Imp. Alexander A. Gargilio Juliano.

Cum convenit ut singulæ amphoræ vini certo pretio veneant, *antequam tradantur*, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensuræ faciendæ non interposuit, non fuit. § 1. Cum autem univcrsum, quod in horreis erat positum venisse sine mensura *et claves emptoribus traditas adlegas*, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet.

(1) Z. S.-St. Bd. 41, p. 134.

Nous verrons dans le chapitre suivant que ce texte est interpolé, mais néanmoins les débris classiques sont parfaitement reconnaissables.

Admettons qu'il ne s'agisse dans le *principium* que d'une vente de genres déterminés ; dans ce cas les mots *antequam tradantur* se comprennent du point de vue du *periculum emptoris*, l'individualisation de l'objet du contrat et le passage des risques à l'acheteur se faisant seulement par la livraison (1). Mais il est hors de doute qu'au cas du § 1 nous sommes en présence d'une vente d'une espèce déterminée. Que dit notre texte ? Gargilius Julianus avait vendu *per aversionem* ce qui se trouvait dans ses *horrea* et avait livré les clés de ceux-ci aux acheteurs. Les marchandises vendues ont péri ensuite par cas fortuit. Pour qui seront les risques ? L'empereur lui répond : les risques seront pour les acheteurs, puisque tu dis que tu leur a livré les clefs des *horrea*, *et claves emptoribus traditas adlegas*. Or la tradition des clefs équivaut à la tradition des marchandises. En effet la l. 1 § 21 in fine Dig. 41, 2 dit : *et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint* (2).

Ce qui intéresse donc l'empereur pour fixer l'attribution des risques, c'est de savoir si oui ou non la tradition de la chose vendue était effectuée. Les compilateurs ont bien intercalé dans le texte les mots *sine mensura* pour nous faire penser que, si les risques sont pour l'acheteur, c'est parce que la vente est par-

(1) Voir pourtant ARNÔ, *La const. 2. Cod. 4.48 nella « Summa Perusina »*, in *Archivio Giuridico*, vol. 68 (1902), § 4, pp. 432-436.

(2) V. aussi l. 9 § 6 Dig. 41, 1 et l. 74 Dig. 18, 1. — ARNÔ, *Arch. Giuridico*, vol. 68 (1902), p. 438.

faite; mais ils ont oublié de faire disparaître la phrase *et claves-adlegas*, qui n'a aucun sens dans leur théorie des risques. Nous pouvons donc conclure qu'au temps d'Alexandre Sévère les risques restaient à la charge du vendeur jusqu'à la tradition.

Fragm. Vat. 16.

P (apinianus) libro III responsorum.

Vino mutato periculum emptorem spectat,
quamvis ante diem pretii solvendi vel condicio-
nem emptionis impletam id evenerit.

Nous verrons plus tard que les classiques mettaient à la charge de l'acheteur les risques d'aigreur et de moisissure du vin vendu. La façon dont notre texte énonce cette règle est caractéristique. Ne ressort-il pas à sa première lecture qu'on se trouve devant une exception ? Du point de vue du *periculum emptoris* ce *quamvis* est inutile, puisque les risques de la détérioration survenue avant la réalisation de la condition suspensive, sont pour l'acheteur. Ce *quamvis* est au contraire bien à sa place si on suppose que pour Papien tous les risques de la chose vendue restent à la charge du vendeur jusqu'à l'accomplissement de la tradition. Notre texte fait donc une exception au principe *periculum est venditoris*, en ce qui concerne l'aigreur et la moisissure du vin vendu, et cela même au cas de vente conditionnelle.

L. 16 (15) Dig. 18, 6.

Gaius libro secundo cottidianarum rerum.

Si vina quæ in doliis erunt venierint eaque
antequam ab emptore tollerentur sua natura cor-
rupta fuerint [si-adfirmavit], emptoris erit peri-
culum.

Ce texte ainsi épuré (1) décide, comme le texte pré-
cédent, que, lorsque le vin vendu moisit ou aigrit
avant d'être enlevé par l'acheteur, les risques sont
pour l'acheteur. Les mots *antequam ab emptore tolle-
rentur* sont inutiles du point de vue du *periculum
emptoris*, puisque, d'après cette théorie, tous les ris-
ques devraient être à la charge de l'acheteur dès la
conclusion du contrat. Le *periculum emptoris* ne
gagne rien à leur présence. Lisons le texte en sup-
primant ces mots : « Si vina quæ in doliis erunt
venierint eaque... sua natura corrupta fuerint, emp-
toris erit periculum ». Ces mots ne se comprennent
que dans la théorie d'après laquelle les risques pas-
sent à l'acheteur seulement avec la tradition. Les
compilateurs ont oublié de les biffer ; ils n'ont pas
fait attention à eux, d'autant plus que le texte classi-
que, dans le cas concret dont il s'occupait, consacrait
le *periculum emptoris*. Ils ont profité de ce *periculum
emptoris* pour insérer leur distinction avec les *si
quidem* et *quod si*, qui sont bien caractéristiques de
leur manière (2). En agissant de la sorte, ils nous
ont laissé un indice de la théorie classique des ris-
ques.

(1) V. HAYMANN, *Haftung des Verkäufers*, p. 115, n. 2.

(2) EISELE, *Z. S. St.*, 1886, pp. 18 sq. — HENRI APPLETON, *Des
interpolations dans les Pandectes*, Thèse Lyon, 1894, pp. 39 sq.
V. aussi plus loin, p. 197 sq.

On peut tirer un argument *a contrario* contre la classicité du *periculum emptoris* de la l. 17 (16) Dig. 18, 6.

Javolenus libro septimo ex Cassio.

Servi emptor si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit : quoniam non videtur traditus is, cujus possessio per locationem retinetur a venditore. periculum ejus servi ad emptorem pertinet, quod tamen sine dolo venditoris interverit.

Ce texte décide que, si on convient, lors de l'achat d'un esclave, que celui-ci ne sera livré à l'acheteur que lorsque le prix aura été payé, l'acheteur, qui obtient l'esclave à titre de louage ne pourra rien acquérir par l'intermédiaire de cet esclave, mais que les risques seront néanmoins pour lui à partir du moment où il aura l'esclave dans sa détention. Il consacre donc la théorie classique d'après laquelle il suffit que l'acheteur obtienne la détention de la chose vendue pour qu'il soit chargé des risques (1). Quoi qu'il en soit, la dernière phrase de notre texte est incompréhensible du point de vue du *periculum emptoris*, puisque, d'après cette dernière théorie, les risques passent à l'acheteur avec la conclusion du contrat.

A côté de ces arguments de texte, parallèles à ceux que nous avons exposés dans nos paragraphes 2, 3 et 4, il en est d'autres de la nature de celui que nous avons

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 1920, pp. 119-120.

discuté dans notre paragraphe premier. Ainsi un argument très important contre la classicité du *periculum emptoris* peut être tiré de la discussion qui opposait les Sabinien et les Proculien sur la question de savoir si l'échange était un contrat se confondant avec le contrat de vente, ou un contrat se rapprochant seulement de la vente (1). A la théorie des Sabinien pour qui ces deux contrats se confondaient, les Proculien répondaient qu'il y avait plus d'une différence entre eux.

Paulus libro trigensimo tertio ad edictum (2).

Sed verior est Nervæ et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor uter venditor sit.

Or, si le *periculum emptoris* avait existé en droit classique, les Proculien n'auraient pas manqué d'ajouter qu'entre autres différences qui existent entre ces deux contrats, il y a encore celle qui se rapporte à l'économie de la théorie des risques. Car, si l'échange était assimilé à la vente, les risques seraient, du point de vue du *periculum emptoris*, pour le débiteur de la chose considérée comme prix, tandis que, du point de vue de la *condictio ob rem*, ils sont pour celle des deux parties. que le cas fortuit met dans

(1) GAIUS III, 141 ; l. 7, § 2. Dig. 2, 14 ; l. 1. Dig. 18, 1 ; ll. 1 et 2 Dig. 19, 4 ; Cod. 4, 64, surtout la const. 7.

(2) L. 1 § 1 in fine Dig. 18, 1.

l'impossibilité d'exécuter son obligation, en un mot pour l'*accipiens* (1). La différence des deux contrats est donc très grande à ce point de vue. Il est étonnant que les Proculiens n'aient pas invoqué cet argument en faveur de leur théorie, puisqu'ils voulaient empêcher la confusion des deux contrats. S'ils ne l'ont pas fait, c'est apparemment qu'il n'y avait pas de différence entre l'attribution des risques dans la vente et dans l'échange. Ce n'est donc pas le *periculum emptoris*, mais le *periculum venditoris* que les classiques enseignaient : le vendeur, tout comme l'*accipiens* dans l'échange, était obligé de restituer le prix touché, si à la suite d'un cas fortuit il se trouvait dans l'impossibilité d'exécuter son obligation (2).

Une autre circonstance qui nous invite à douter de la classicité du principe *periculum est emptoris* est la manière dont ce principe est présenté dans le § 3 Inst. III, 23. Après avoir dit que, aussitôt que la vente est conclue, les risques passent à l'acheteur, *periculum rei venditæ ad emptorem pertinet*, les Byzantins soulignent que ce passage des risques se fait immédiatement, *statim*. Et, comme si cela ne suffisait pas, ils ajoutent qu'il est indifférent que la chose ait été livrée ou non, pour que l'acheteur soit tenu de supporter les risques : « tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit ». Enfin, comme si tout cela n'était pas assez clair, ils se chargent de nous le répéter encore une fois : *emptoris damnum est cui*

(1) L. 16, Dig. 12, 4.

(2) V. HAYMANN, Z. S.-St. 1920, p. 69, n. 2 et p. 165 sq.

necesse est, licet rem non fuerit nactus. pretium solvere.

Déjà M. Carlo Arno avait remarqué que l'insistance avec laquelle le principe du *periculum emptoris* est répété ici est étrange (1). Pourquoi nous répéter la même chose plusieurs fois dans deux phrases ? D'où vient l'insistance avec laquelle les compilateurs s'acharnent à nous dire qu'il est sans importance pour la question des risques de savoir si la tradition a été effectuée ou non ? Ne sommes-nous pas fondés à croire que, si le principe *periculum est emptoris* était un principe consacré par le droit classique et depuis toujours en vigueur, les compilateurs n'auraient pas tant insisté ? En effet toute la teneur de ce paragraphe porte à croire que Justinien promulgue ici un principe nouveau, et différent de celui qui était en vigueur jusque-là, et qu'alors, comme toujours lorsqu'il innove, il prend toutes les précautions pour faire disparaître les traces du droit ancien. Seulement ici, comme ailleurs, cette manière de légiférer doit nous mettre en garde. Si le principe *periculum emptoris* avait été consacré par le droit classique, Justinien se serait borné à le dire en deux mots ; mais comme c'est lui qui l'établit, il combat d'abord le principe classique qui ne faisait passer les risques à l'acheteur qu'avec la tradition (*tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit ; licet rem non fuerit nactus*), et établit ensuite le principe nouveau. Ainsi ce texte byzantin, dans lequel il y a des traces classiques, comme

(2) *Note minime sul § 3. Inst. de Emp. et vend.* (III-23), in *Archivio Giuridico*, vol. 62 (1892), p. 542.

nous le verrons plus tard, nous fournit par sa tournure une indication importante dans la recherche de la doctrine classique des risques (1).

Remarquons enfin que, dans notre exposé de la théorie des risques de la compilation, nous avons rencontré beaucoup de contradictions. Nous ne les relèverons pas ici de nouveau ; nous nous contenterons de poser cette simple question : est-il possible que les maîtres classiques aient laissé dans l'obscurité une théorie aussi importante que la théorie des risques ? Peut-on imaginer qu'ils aient accumulé les contradictions nombreuses qui s'y trouvent, et que les textes de la compilation leur attribuent ? Le chapitre suivant confirmera la réponse que nous connaissons déjà.

(1) HOFMANN (*Ueber das Periculum*, p. 176), qui a aperçu les répétitions de notre texte, pense qu'elles sont faites dans un but didactique, les *Institutes* étant un livre d'enseignement. — Dans le sens de la théorie que nous soutenons, ARNÓ, *Arch. giuridico*, vol. 62 (1899), p. 542 sq. — HAYMANN, *Z. S.-St. Bd.* 41, p. 150.

CHAPITRE III

Preuves de l'interpolation des textes contenant le « *Periculum emptoris* »

Nous allons examiner dans ce chapitre les autres textes qui contiennent le principe *periculum est emptoris*. Cet examen nous permettra de conclure d'une façon définitive que le droit classique ne connaissait pas ce principe, mais que, bien au contraire, il enseignait que, jusqu'à la tradition, les risques restent à la charge du vendeur. En effet, tous ces textes, sans aucune exception, sont interpolés. Depuis longtemps déjà, on doute de la classicité de beaucoup d'entre eux; des indices d'interpolation y ont été découverts par des auteurs éminents; mais l'honneur de les avoir examinés tous d'une façon critique, et d'avoir apporté ou réuni les preuves de leur interpolation revient à M. le Professeur Haymann. Car, si d'autres romanistes avaient trouvé des interpolations dans les textes qui s'occupent de la théorie des risques et qui proclament le principe *periculum est emptoris*, per-

sonne, à une exception près (1), n'a osé douter de la classicité de cette règle. Nous allons donc, en nous appuyant surtout sur les travaux de M. Haymann, déjà souvent cités, examiner un à un les textes qui contiennent le *periculum emptoris*.

I. — *L. 8 pr. Dig 18, 6*

Paulus libro trigesimo tertio ad edictum.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio : tunc enim sciemus, cujus periculum sit : nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio : quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio sicuti nec stipulatio : quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt : idem Pomponius libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi jam contracta emptione in præteritum. quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est, repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res extincta fuerit : sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

(1) M. Carlo ARNO dans la série d'articles parus depuis 1897 et cité plus haut, chapitre II, § 1.

Beseler (1) avait proposé de mettre entre crochets [] *sicuti-peremuntur*, et déjà avant lui Bechmann (2) avait trouvé que la comparaison faite dans ce passage est étrange. Arnô (3) a soupçonné une interpolation totale, mais il a faiblement appuyé son hypothèse. Dernièrement Vassali (4) a proposé, sans grandes preuves à l'appui, de considérer comme interpolés *si id quod venierit — perfecta est emptio ; quod si pendente condicione — in præteritum ; et fructus-peremuntur ; sane si-emptoris*. Mais en réalité tout notre texte est à rejeter de la discussion sur la théorie classique des risques, comme étant en entier l'œuvre des compilateurs. Les critères d'interpolation les plus sûrs s'y trouvent, aussi bien ceux qui tiennent à la forme que ceux qui sont tirés du fond.

Au point de vue de la forme, il y a plusieurs indices d'interpolation. Il faut en souligner surtout un qui trahit infailliblement la main des compilateurs et qui est donné par le style. Eisele (5), en étudiant le style des constitutions de Justinien, a démontré que ce qui caractérise le style de la chancellerie impériale, c'est que l'hypothèse sur laquelle il s'agit de légiférer est exposée au moyen de plusieurs phrases conditionnelles, commençant par *si*, et s'opposant les unes aux autres sous forme d'antithèses saillantes (6). Quelquefois

(1) *Beiträge*, II, pp. 57-58.

(2) *Der Kauf*, II, 2, 402.

(3) *Note minime*, in *Archivio Giuridico*, vol. 62 (1899), p. 551, n. 1.

(4) *Dies vel condicio*, in *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, vol. XXVII (1914), p. 216 sq.

(5) *Zeitschrift S.-St.* 1886, p. 18 sq. Voir aussi dans H. APPLETON, *Th. cit.*, p. 39 sq., les conclusions d'EISELE.

Ex. : c. 22 Cod. 4, 29 ; c. 5 pr et § 1 Cod. 2, 55.

après les deux antithèses on en trouve une troisième (1). D'autres fois, à côté de l'antithèse principale, ou plutôt au sein même de celle-ci, les Byzantins font une antithèse secondaire où les *si* ou *si quidem* font pendant comme dans la première aux *sin autem* ou *si vero* (2). Le nombre des phrases qui s'opposent ainsi peut être considérable. Tantôt elles sont indépendantes les unes des autres et présentent alors successivement les divers cas qui peuvent se présenter. Tantôt au contraire elles se commandent les unes les autres, et présentent comme une hiérarchie de divisions et de subdivisions une hypothèse se divisant elle-même en plusieurs autres (3). Cette particularité de style ne se rencontrant pas chez les auteurs classiques, ni, presque, dans les constitutions antérieures à Justinien, mais seulement dans les constitutions de ce prince, il faut voir dans l'accumulation des *si quidem*, *sin autem*, *quod si*, etc., dans un texte classique, la main des compilateurs (4).

Cette particularité de style s'explique d'ailleurs facilement, si on songe que la langue maternelle des compilateurs est le grec et que, par conséquent, ils ont

(1) C. 36 § 2 Cod. 3, 28.

(2) C. 12 pr. et § 1. Cod. 3, 33.

(3) H. APPLETON, *Th. cit.*, p. 41. Ex. : C. 7 § 2 sq. Cod. 5, 11 ; c. 21 § 2 sq. Cod. 6, 30 ; c. 7 § 5 sq. Cod. 5, 70.

(4) Le fait qu'on trouve dans les Institutes de GAIUS (IV, 100-101 ; IV, 106-107 ; II, 205) la construction pareille ne prouve rien contre la valeur absolue de ce critère de byzantinisme. En effet il ne faut pas oublier que les Institutes de GAIUS sont un livre scolastique, destiné à l'enseignement. Rien d'étonnant alors s'il use, et combien rarement, de cette construction pour grouper clairement les idées. En outre GAIUS est un Oriental (GIRARD, *Textes* (1913), p. 221) qui a subi l'influence grecque, et l'emploi qu'il fait de cette construction prouverait plutôt l'exactitude des conclusions de EISELE, qu'il ne leur serait contraire. Enfin il est bien possible qu'il y ait dans GAIUS des interpolations préjustiniennes.

l'habitude de balancer la phrase avec les *μεν* et *δε* (1). Elle s'explique encore mieux si on admet, avec M. Collinet, que les compilateurs se sont servis des scolies des professeurs de Beyrouth dans leur confection du Digeste, non des originaux classiques (2) ; les professeurs de Beyrouth ont examiné dans les scolies toutes les hypothèses possibles pour faire mieux ressortir le principe.

Or, c'est dans ce style particulier à la chancellerie impériale que tout notre texte est conçu. On peut même dire que notre texte est l'exemple type du style byzantin, et sans la référence : *Paulus libro trigesimo tertio ad edictum*, on n'hésiterait pas à y voir une constitution de Justinien. On n'a qu'à parcourir rapidement le texte pour s'en convaincre. *Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio...* Puis vient la première éventualité : 1) *Et si id quod venierit appareat quid quale*, etc..... Vient ensuite son antithèse : 2) *Quod si sub condicione res venierit*, dans laquelle on emboîte une antithèse secondaire : a) *si quidem deficerit condicio...* ; b) *quod si exstiterit...*, et dont les autres éventualités sont examinées dans la suite du texte par *quod si pendente condicione...*, *si exstiterit condicio...* *quod si pendente condicione res tradita...*, *si pendente condicione...* : *sane si exstet res...*

Il nous semble que, même s'il n'y avait que cet indice, il faudrait écarter ce texte de notre discussion, comme une produit byzantin. Mais il contient encore d'autres indices d'interpolations. Dans la première

(1) H. APPLETON, *Th. cit.*, p. 43.

(2) Voir notre chapitre IV.

phrase, on peut relever... *tunc enim...*, *nam...*, qui trahissent souvent la main des compilateurs (1). *Pure venit* manque de sujet. Pas de concordance des temps et des modes dans *venierit, appareat, sit, venit*. *Quasi jam, in præteritum* n'a pas une allure classique. Non concordance des temps dans *repetetur, sunt, peremuntur*. Ce qui frappe surtout au commencement, c'est la tournure pompeuse : *Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio, tunc enim sciemus*, etc. On peut observer la même tournure dans les ll. 5 § 2 i. f. Dig. 9, 2 ; 5 pr., Dig. 19, 5 ; 91 § 4 Dig. 45, 1, pour lesquelles la preuve de l'interpolation a été faite.

Enfin, de toutes les conditions de la perfection du contrat, la suite du texte ne parle que de l'absence de la condition suspensive ; les autres éléments de la perfection qu'il faut bien connaître — *necessario sciendum est* — sont tout simplement oubliés, comme cela arrive souvent aux commissaires de Justinien ! Il y a encore d'autres indices de forme, que nous relèverons un peu plus loin.

Passons aux indices tirés du fond ; ils sont encore plus graves. Nous avons dit, au commencement de notre chapitre premier, que, pour la théorie des risques de la compilation, il importe de ne pas confondre la vente *conclue* et la vente *parfaite*. Nous avons cité justement la première phrase de notre texte pour établir cette différence que le texte souligne dans une forme pompeuse, comme nous venons de le voir. Pour

(1) LENEL, *Paling.* I, *præfatio*. — Est-ce que *sciemus* est un critère d'interpolation comme toutes les expressions collectives ? Oui, d'après PAMPOLINI, *Contributio a la determinazione degli emblemî nelle Pandette*, in *Arch. Giuridico*, vol. 55, p. 502.

lui, *emptio perfecta* est un terme technique, fixé, et qui désigne un moment différent de celui de la conclusion du contrat, le moment où les risques passent à l'acheteur. Or, si nous consultons les textes classiques que les compilateurs n'ont pas retouchés, nous y voyons que le terme *emptio perfecta* désigne, suivant les circonstances, tantôt une vente valablement conclue, tantôt une vente non conditionnelle, tantôt une vente exécutée.

Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum.

In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est : ceterum sive in ipsa emptione dissentient, sive in pretio, sive in quo alio, *emptio imperfecta est* (1).

Nulle part, dans les témoignages classiques, cette expression n'a la signification technique et précise que lui donne notre texte. En outre, comment se fait-il que les ll. 13-15 Dig. 18, 6 ne mentionnent pas cette perfection de la vente, quoique la nature de l'objet vendu donne lieu à la question : *Si id quod venierit appareat quid quale quantum sit* ? Si, dans la l. 15 § 6. Dig. 42, 1, Ulpien déclare : *Cum semel emptio perfecta sit ejusque qui comparavit periculum vertatur*, c'est qu'il pense à l'exécution de la vente ; la

(1) L. 9 pr. Dig. 18, 1. Voir aussi l. 35 § 1 Dig. 18, 1 ; l. 43 § 9 Dig. 21, 1 ; l. 29 Dig. 28, 1 ; l. 2 Dig. 28, 3 ; l. 16 § 1 Dig. 28, 6 ; l. 35 Dig. 29, 1 ; l. 2 § 1 Dig. 29, 3 ; l. 18 Dig. 33, 2 ; l. 24 Dig. 36, 2 ; l. 38 Dig. 40, 5 ; l. 38 pr. Dig. 40, 12 ; l. 2 § 4 Dig. 41, 4 ; l. 1 § 5 Dig. 43, 5 ; l. 14 Dig. 46, 4 ; l. 44 § 2 Dig. 44, 7 ; l. 115 pr. Dig. 45, 1 ; l. 6pr. Dig. 48, 10 ; l. 18 Dig. 33, 2 ; l. 32 Dig. 39, 6. V. aussi MITTEIS, *Römisches Privatrecht* (1908), p. 161, n. 31 et HAYMANN, *Z. S.-St. Bd.* 41, p. 79, n. 3 et p. 80. Comp. ce que nous disons plus haut, au commencement du chapitre I.

preuve de cette interprétation du texte se trouve dans le fait qu'Ulpien ne songe nullement à se demander si l'objet de la vente *appareat quid quale quantum sit*.

Si on se demande maintenant à quel moment, d'après la l. 8 pr. Dig. 18, 6, *id quod venierit appareat quid quale quantum est*, on constate que ce texte ne nous donne aucune réponse. On serait tenté de rapprocher ce *quid quale quantum* de la définition de la *stipulatio certa* de Gaius (l. 74 Dig. 45, 1), et d'Ulpien (l. 75 pr., Dig. 45, 1) (1). Mais, d'après ces auteurs, le *quid quale quantum* de l'objet de la stipulation doit apparaître dans la stipulation elle-même, tandis que notre texte (l. 8 pr. D. 18, 6) ne nous indique pas quand et dans quelles circonstances ce qui a été vendu « apparaîtra » *quid quale quantum est*. Aucun exemple pratique ne nous est donné, et nous ne saurions pas à quoi nous en tenir, si nous n'avions un autre texte, la l. 35 §§ 5-7 Dig. 18, 1, qui, comme nous le verrons plus tard, a été aussi retouchée en entier par les compilateurs. D'après ce texte, lorsqu'on achète un tonneau de vin pour 1.000, la vente est aussitôt parfaite. Mais lorsqu'on achète le même tonneau de vin à tant le litre, la vente n'est parfaite qu'après le mesurage. Ainsi le *quid quale quantum* ne se rapporte pas, comme on serait tenté de le croire et comme nous l'avons dit dans notre chapitre premier, à une déter-

(1) L. 74 Dig. 45, 1 : Gaius libro octavo ad edictum provinciale. Stipulationum quædam certæ sunt, quædam incertæ, certum est quod ex ipsa pronuntiatione appareat quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, etc. — L. 75 pr. 45, 1 : Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum. Ubi autem non appareat, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.

mination objective de l'objet vendu, mais à la connaissance subjective par les parties de la consistance de l'objet vendu, au cas où la fixation du prix dépend du mesurage ! C'est tout simplement absurde.

Autre indice d'interpolation, tiré du fond : après nous avoir dit qu'il faut, pour savoir pour qui seront les risques, rechercher si la vente est parfaite, notre texte ajoute : *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*, sans nous définir en quoi consiste ce *periculum*, ou nous l'expliquer au moins par des exemples pratiques. Or, nous savons que le mot *periculum* avait des significations très différentes en droit romain (1).

Un classique, dans ce cas, n'aurait pas omis de nous fixer immédiatement sur le sens dans lequel il emploie ce mot, et ne nous aurait pas laissé attendre la fin pour nous apprendre que le *periculum emptoris* consiste dans ce qu'au cas de perte de la chose, l'acheteur, non seulement n'a pas le droit d'être indemnisé par le vendeur, mais doit encore payer le prix. Ce qui est encore plus grave, un classique n'aurait jamais intercalé entre cet emploi particulier du mot et son explication une leçon entière sur la vente conditionnelle, dans laquelle on touche accessoirement la question des risques.

Mais faisons abstraction du reproche de manque de symétrie auquel s'expose notre texte, et examinons de près les développements assez longs qu'il consacre à la théorie de la condition ; nous y trouvons un autre

(1) V. GLUECK, *Pand.* XVII, p. 127. — WAECHTER, *Archiv. f. d. civ. Prax.* Bd. XV, p. 112 sq.

indice d'interpolation. La théorie générale de la condition est une des plus embrouillées de la compilation (1). Nous nous en sommes aperçus dans le chapitre premier de ce travail. Les textes sont contradictoires, et il est encore assez difficile de faire le départ entre les endroits classiques et les apports des compilateurs. Quoi qu'il en soit, M. Haymann (2) a prouvé que les développements sur la condition que contient notre texte sont en entier l'œuvre des compilateurs, et que les classiques avaient sur les questions qui y sont traitées des idées tout à fait différentes. Nous allons résumer ses conclusions.

La phrase : *quod si pendente condicione res tradita sit* est probablement de Paul. Elle nous autorise à supposer que Paul avait examiné ici l'importante question de savoir si la *tradition* de la chose vendue sous condition suspensive, faite *pendente condicione*, fait passer les risques à l'acheteur, de même que la *tradition* de la chose vendue purement et simplement. Les textes ne nous fournissent pas une réponse directe à cette question, et pour cause ; le moment de la tradition, très important dans la théorie classique des risques, a été rayé de tous les textes par les compilateurs. Mais, si nous n'avons pas une réponse directe à notre question, nous pouvons trouver les idées des classiques sur ce point en étudiant les textes classiques sur la vente sous condition résolutoire, et la com-

(1) GIRARD, *Manuel*, p. 483 sq. et p. 733 sq.

(2) Z. S.-St. Bd. 41, p. 82 sq. et le § 6, pp. 84-99.

paraison qui est faite entre les effets de cette condition et ceux de la condition suspensive insérée dans le contrat de vente. Les deux conditions produisaient des effets différents, et c'est pourquoi il y avait controverse entre les jurisconsultes sur la nature des différentes clauses conditionnelles, telles que la *lex commissoria* et l'*addictio in diem* (1).

Les uns y voyaient des conditions suspensives, d'autres, voulant leur faire produire des effets contraires, les considéraient comme des conditions résolutoires. L. 2 pr. § 1 et l. 3 Dig. 18, 2.

Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum.

Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quæstionis est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit : nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quæ sub condicione resolvitur : sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. § 1. Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Julianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit,

(1) Pour la *lex commissoria*, v. l. 2 § 2 et l. 4 Dig. 41, 4. Elle a fini par être considérée, sauf expression contraire de volonté, comme une condition résolutoire (l. 1 Dig. 18, 3), et c'est pourquoi l'acheteur mis en possession supporte les risques, l. 2 i. f. Dig. 18, 3. Comp. c. 3 Cod. 4, 54 et l. 20 Dig. 43, 26. V. GIRARD, *Manuel*, p. 733, n. 5.

Paulus libro quinto ad Sabinum.

quoniam post interitum rei jam nec adferri
possit melior condicio.

Il ressort de ces textes, que, dans une vente sous condition résolutoire, l'acheteur peut, dès la tradition, usucaper et acquérir les fruits ; en revanche, il doit supporter les risques. Si donc Julien demandait qu'on considérât l'*addictio in diem* comme une condition résolutoire, c'était pour lui faire produire des effets qu'une *addictio in diem*, considérée comme une condition suspensive, ne produirait pas, notamment : le passage du *periculum* à l'acheteur, malgré l'accomplissement de la tradition. L. 4 pr. Dig. 18, 2 :

Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum.

Ubi autem condicionalis venditio est, negat
Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad
eum pertinere.

Ainsi, d'après Ulpien, Pomponius refusait à l'acheteur sous condition suspensive la possibilité d'usucaper et le droit d'acquérir les fruits. Par un argument *a contrario* de la l. 2 § 1 et l. 3 Dig. 18, 2, et en complétant l'opposition entre les deux sortes de conditions, contenue dans la l. 2 § 1 Dig. 18,2 et l. 4 pr. Dig. 18, 2, nous pouvons conclure que Julien, et après lui Paul, décidaient qu'au cas de condition suspensive et nonobstant la tradition de l'objet vendu, les risques restaient à la charge de l'acheteur.

Voilà donc quel était le contenu du texte de Paul. Les compilateurs ont saisi cette occasion où on parle des risques, pour nous servir leur *periculum emptoris*

et leur théorie spéciale, d'après laquelle le rapport obligatoire conditionnel disparaît au cas où, *pendente condicione*, son objet est détruit.

Leurs développements commencent par de véritables platitudes. « Au cas où la condition est défaillante, la vente est nulle, comme il arrive dans la stipulation faite sous condition. Au cas où elle se réalise, Proculus et Octavenus disent que les risques sont pour l'acheteur, et au livre IX, Pomponius approuve cet avis. » Quant à la question de savoir si la condition opère rétroactivement, au cas où la chose périt pendant qu'elle était en suspens, on ne nous dit rien (1) ; on se borne à une banalité pour laquelle il n'y avait vraiment pas lieu d'invoquer le témoignage de trois jurisconsultes. La suite du texte n'apporte rien pour l'éclaircissement de la question des risques au cas de vente conditionnelle. A quoi sert l'affirmation que les héritiers restent liés par le contrat conclu sous condition suspensive, au cas où la condition se réalise seulement après la mort du contractant, leur *de cujus* ? Il n'y avait pas de doute sur ce point en droit classique (2), comme nous le disent plusieurs textes. L. 57 Dig. 45, 1 :

Julianus libro quinquagensimo tertio digestorum.

Si quis, « si Titius consul factus erit, decem dari » spoponderit, quamvis pendente condicione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum (3).

(1) BECHMANN, *Der Kauf*, II, p. 398.

(2) Contrà et sans preuves, VASSALI, *Dies vel condicio*, Bull. Ist. D. R. vol. 27, p. 238 sq.

(3) V. aussi l. 24 Dig. 46, 2.

Mais la l. 8 pr. Dig. 18, 6 s'empresse d'expliquer pourquoi les héritiers sont obligés : *QUASI jam contracta emptione IN PRÆTERITUM*, ce qui doit nous apprendre que normalement le contrat se forme au moment de la réalisation de la condition, et que, par conséquent, tous les éléments du contrat doivent exister en ce moment. « Les héritiers sont obligés, parce que la vente a un effet rétroactif au temps où elle a été contractée. » Or il y a là une inexactitude du point de vue du droit classique. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire la l. 78 Dig. 45, 1 :

Paulus libro sexagensimo secundo ad edictum.

Si filius familias sub condicione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit condicio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus (1).

Ce *quasi jam contracta emptione in præteritum* nous indique une théorie spéciale des Byzantins sur la condition, que nous retrouverons tout à l'heure quand nous aurons fini de parcourir notre texte.

La question de savoir si l'acheteur peut usucaper la chose vendue sous condition suspensive, et qui lui a été livrée avant la réalisation de la condition, dont s'occupe la suite de notre texte, apporte encore moins un élément pour la solution de la question des risques, que la question de l'obligation des héritiers que nous venons de voir. C'est seulement dans la suite

(1) V. aussi la l. 40 Dig. 45, 3.

du texte qu'on touche la question des risques, intercalée dans des considérations qui, au premier abord, nous semblent lui être étrangères. « Ce qui a été payé à titre de prix pourra être répété et (!) les fruits perçus dans le temps intermédiaire sont au vendeur (de même que les stipulations et les legs conditionnels deviennent nuls) si, pendant que la condition était en suspens, la chose périt. » Nous avons déjà relevé les incorrections de forme. Au point de vue du fond, on peut remarquer que Paul n'a pas pu dire que, *de même* que les stipulations et les legs conditionnels deviennent nuls, les fruits appartiennent au vendeur. Quel est le rapport entre l'extinction de ces liens obligatoires et la propriété du vendeur sur les fruits ? Comment expliquer cette propriété du vendeur sur les fruits, puisque la vente conditionnelle était exécutée des deux côtés ?

Ce qui est plus étonnant encore, c'est que le texte donne à l'acheteur l'action en répétition du prix d'une manière générale, sans faire aucune exception pour le cas où l'acheteur est responsable de la perte de la chose, ou le cas où il est devenu propriétaire. Ce *repetitur* ressemble à une disposition du législateur dont la raison est incompréhensible ; cela ne peut pas être l'interprétation d'un jurisconsulte sans pouvoir de faire la loi (1).

En réalité, ces développements embrouillés, et que nous avons trouvés par deux fois contraires au droit classique, sont, si on les prend à part et si on fait abstraction du droit classique, plus logiques qu'ils ne

(1) HAYMANN, *Zeitschrift S.-St.* Bd. 41, p. 84.

le paraissent. Ils sont l'expression d'une théorie byzantine, d'après laquelle un *negotium* conditionnel est, en réalité, conclu seulement lors de la réalisation de la condition, de sorte que les éléments de la validité du contrat doivent exister au moment de la réalisation de la condition. Avant l'événement de la condition, le rapport obligatoire n'existe point. La condition a un effet créateur et non pas confirmatif. Si donc la chose promise sous condition périt avant l'arrivée de la condition, la dette ne peut pas naître valablement, de même qu'elle ne peut pas naître au cas où une chose inexistante a été promise purement et simplement. De cette façon, la comparaison avec la nullité des stipulations et des legs conditionnels, ainsi que le *quasi jam contracta emptione in præteritum*, s'expliquent et se tiennent admirablement : tout rapport obligatoire disparaissant si, avant la réalisation de la condition, la chose périt, il y a lieu de traiter, à cet égard, de la même façon, la vente, la stipulation et le legs ; *quasi jam contracta emptione in præteritum* fait allusion au principe général d'après lequel la réalisation de la condition a un effet créateur.

Nous ne pouvons pas entrer en détail dans l'étude de cette théorie, à laquelle M. Haymann a consacré tout un paragraphe (1) de son travail sur le *periculum emptoris*. Nous nous bornerons à remarquer que le résultat des recherches de M. Haymann est de faire disparaître les contradictions existant entre les textes sur les effets de la condition suspensive et les contro-

(1) Z. S.-St. Bd. 41, § 6 : *Die byzantinische Lehre von dem Untergang des bedingten Schuldverhältnisses durch Zerstörung des Schuldgegenstands*, pp. 84-99.

verses inextricables qui en étaient nées. On n'est plus obligé de dire que la réponse absolue à la question de savoir si l'arrivée de la condition a un effet créateur ou confirmatif, n'est possible ni dans un sens ni dans l'autre (1). Il est acquis désormais que les textes qui parlent d'un effet créateur sont des Byzantins (2), tandis que les textes qui parlent d'un effet confirmatif sont classiques (3).

A titre d'exemple pour la théorie byzantine, nous prendrons la l. 10 § 5 Dig. 23, 3 :

Ulpianus libro trigesimo quarto ad Sabinum.

Inde quæri potest, si ante nuptias mancipia æstimata deperierint, an mulieris damnum sit, et hoc consequens est dicere : nam cum sit condicionalis venditio, pendente autem condicione mors contingens extinguat venditionem, consequens est dicere mulieri perisse, quia nondum erat impleta venditio, quia æstimatio venditio est.

L'interpolation de ce texte saute aux yeux. Au point de vue de la forme, il faut relever la répétition

(1) « Ce n'est qu'en forçant les textes qu'on peut tenter de les ramener à une vue commune. Certains qui sont les plus communs s'expriment bien dans le sens de l'effet créateur, comme si l'obligation n'existait pas avant l'événement de la condition ; mais d'autres s'expriment en effet dans le sens de l'effet confirmatif, supposant que l'obligation a déjà une certaine existence avant l'événement de la condition. » GIRARD, *Manuel*, p. 483.

(2) Ainsi § 4 Inst. III, 15 ; l. 13 § 5 Dig. 20, 1 ; l. 16 pr. Dig. 12, 6 ; l. 8 pr. Dig. 18, 6 ; l. 14 § 1 Dig. 46, 2 ; l. 2 § 2 Dig. 41, 4 ; l. 10 § 5 Dig. 23, 3 ; l. 56 § 8 Dig. 45, 1 ; l. 14 pr. Dig. 46, 2 ; l. 72 Dig. 46, 1.

(3) Ainsi l. 42 Dig. 44, 7 ; l. 26 Dig. 45, 3 ; l. 78 Dig. 41, 1 ; l. 40 Dig. 45, 3 ; l. 161 Dig. 50, 17 ; l. 24 Dig. 31, 1 ; l. 4 pr. Dig. 42, 6 ; l. 6 pr. Dig. 42, 4.

de *consequens est dicere. Perisse*, sans sujet dans l'*acusativus cum infinitivo*. *Condicionalis* est un mot des compilateurs. Enfin, la répétition de *quia*.

Au point de vue du fond, on peut se demander : comment se fait-il que notre texte décide que les risques sont pour la femme, sans se soucier si la tradition a déjà eu lieu ou si le mari a causé, par sa faute, la perte de l'esclave dotal ? Avec cette façon de décider, on laisse sans aucune protection le droit conditionnel dans les contrats synallagmatiques. Que cette décision ne soit pas classique, cela résulte de ce que les classiques, au lieu de libérer le débiteur conditionnel après toute destruction de l'objet de la dette, protègent au contraire très énergiquement le créancier conditionnel contre toute diminution de son gage général. L. 16 § 4 Dig. 40, 9 :

Paulus libro tertio ad legem Æliam Sentiam.

Si sub condicione alicui pecunia debeatur,
quasi statuliber erit a debitore manumissus, ut
pendeat libertas ex condicione.

Le débiteur conditionnel, qui fait un affranchissement, qui diminue sa solvabilité ou augmente son insolvabilité, ne fait pas un affranchissement nul, mais fait de son esclave un *statuliber*, jusqu'à la réalisation de la condition apposée à cette dette (1).

Nous verrons, dans le chapitre suivant, quelle est l'origine de cette théorie spéciale des Byzantins sur la

(1) HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 41, pp. 85-86. Pour le droit classique v. aussi l. 31 pr. Dig. 46, 2, qui n'a pas été laissée intacte par les compilateurs. HAYMANN, pp. 87-88.

disparition du rapport obligatoire après la destruction de la chose promise sous condition, la non-existence de ce rapport avant l'arrivée de la condition. Cette origine, comme d'ailleurs celle du principe *periculum est emptoris*, se trouve dans le droit grec, droit maternel des compilateurs. En effet, ce droit ne connaissait pas la vente consensuelle productive d'obligations sanctionnées par des actions. Il n'y avait, dans le droit grec, qu'une vente réelle, qui s'exécutait trait pour trait, et qui était translatrice de propriété. La convention n'étant pas obligatoire, l'accord *super facienda emptione* entre celui qui *vendere sollicitus est* et celui qui *emere pactus est* (1), restait sans effet. Un rapport obligatoire conditionnel dérivant de la vente, indépendant de l'existence de la chose, était encore moins compréhensible pour les Grecs. Rien de plus naturel alors que la décision des compilateurs ; mais cela ne l'empêche pas d'être contraire, comme nous l'avons vu, au droit classique romain, qui protégeait très énergiquement le droit conditionnel, et lui reconnaissait une existence dès avant la réalisation de la condition.

Nous arrivons maintenant à la dernière phrase de notre texte (l. 8 pr.) : *Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris*, qui nous apprend que les risques restent à la charge de l'acheteur si la chose est simplement détériorée avant l'événement de la condition. Cette décision est en liaison étroite avec celle qui la précède ; elles sont inspirées toutes les deux par les mêmes considérations. En

(1) JUSTINIEN, c. 17 § 2 Cod. 4, 24.

effet si les Byzantins obligent le vendeur à supporter les conséquences de la perte totale de la chose vendue sous condition suspensive, parce que cette destruction annule le contrat tout entier, rien de plus naturel que de faire fonctionner le *periculum emptoris* au cas d'une simple détérioration.

Seulement, cette phrase, comme tout notre texte, n'est pas classique. On peut y relever plusieurs indices d'interpolation, tant au point de vue de la forme qu'au point de vue du fond. Nous avons pu, en situant logiquement cette phrase et sa solution dans l'ensemble du texte, supposer qu'elle se rapporte au cas où la condition est réalisée ; en réalité, rien dans notre phrase ne nous indique qu'il s'agisse d'un cas où la condition est réalisée. — *Damnum esse* est sans sujet. — Si nous recherchons maintenant quelles sont les conséquences pratiques de cette distinction, selon que la chose vendue sous condition est détruite ou simplement détériorée, nous trouverons des énormités qui sont inconciliables avec l'esprit du droit classique et le *quidquid* de la bonne foi inscrite dans la formule. En voici un exemple : J'achète un cheval de courses, sous condition suspensive. Si, avant la réalisation de la condition, le cheval meurt, je suis libéré de mon obligation de payer le prix ; si, au contraire, le cheval reste en vie, mais se casse la jambe, ce qui le rend absolument impropre à l'usage auquel je le destinais, je serai néanmoins obligé de payer le prix!! Cette distinction n'est pas classique ; on n'a qu'à lire la l. 58 Dig. 18, 1, pour s'en convaincre.

Papinianus libro decimo quæstionum.

Arboribus [quoque] vento dejectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente, sive ignorante venditore : [sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, hæc optinent quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt].

Les interpolations indiquées par des crochets ont été découvertes par le président Favre. Mais, par le reste du texte, on peut voir comment les classiques traitaient la simple détérioration et que, contrairement aux Byzantins, qui l'opposent à la destruction complète, les classiques recherchaient si, d'après le but du contrat et la bonne foi, la détérioration devait être considérée comme une destruction complète (1).

Allons plus loin : une règle générale d'après laquelle les risques de la détérioration réalisée avant l'événement de la condition sont pour l'acheteur, était inconnue aux classiques. On peut le déduire de la règle spéciale proposée par Papinien à propos de la vente du vin sous condition, dans Fr. Vat. 16 (2). Si l'acheteur ne s'est pas réservé le droit de déguster le vin, ou si, par une clause expresse, les risques de l'aigreur et de la moisissure du vin n'ont pas été mis à la charge du vendeur, ces risques seront pour l'acheteur. Nous savons quelle est la raison de cette décision *exception-*

(1) Comp. 1. 3 § 1 Dig. 13, 6 : *res non reddita quæ deterior reddatur*.

(2) V. le texte plus haut, p. 188.

nelle (*quamvis*) (1), Quoi qu'il en soit, cette décision est incompréhensible du point de vue de la *théorie générale* de la l. 8 pr. : si l'acheteur doit supporter tous les risques de détérioration, on ne comprend pas pourquoi, dans un cas *spécial*, Papinien nous dit que « *quoique* le changement se soit produit avant l'arrivée de la condition, les risques sont pour l'acheteur ».

Nous pouvons maintenant conclure : tout notre texte, d'un bout à l'autre, est l'œuvre des compilateurs. Cette preuve d'origine byzantine de notre texte est peut-être plus importante pour la thèse du *periculum venditoris* que beaucoup de preuves directes de cette thèse que nous avons exposées dans notre Chapitre II. Car, si le principe *periculum est emptoris* avait été connu des classiques, les Byzantins n'auraient pas eu la peine de fabriquer de toutes pièces des textes tels que la l. 8 pr. Dig. 18, 6.

Les pages qui suivent apporteront la preuve de l'interpolation d'autres textes qui sont relatifs au *periculum emptoris* ; mais il était bon de souligner l'origine byzantine de la l. 8 pr. qu'on a considérée jusqu'à présent comme le siège de la théorie des risques en droit romain.

(1) V. HAYMANN, *Z. S.-St.* 1920, pp. 99 et 138 ; 1919, p. 201 sq. et 254 sq. V. aussi Schulz, *Krit. V.-Schr.* 1912, p. 71.

II. — L. 35 §§ 5-7. Dig. 18, 1.

Nous avons vu plus haut que la l. 8 pr. Dig. 18, 6 ne nous fournit point d'exemple pratique de la vente parfaite. Elle dit bien que la vente est parfaite *si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium et pure venit*, mais nous ne savons pas quand on peut dire que l'objet vendu *apparet quid quale quantum est*. La l. 35 §§ 5-7 Dig. 18, 1 est, à ce point de vue, un complément de la l. 8 pr., et c'est là que nous apprendrons dans quels cas la vente est parfaite, d'après le droit de la compilation.

Gaius libro decimo ad edictum provinciale.

§ 5. In his quæ pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quæ in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio quam si admensa adpensata adnumerata sint. nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum quantumcumque esset uno pretio venierit, idem juris est quod in ceteris rebus. quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quæritur quando videatur emptio perfici. quod similiter scilicet quæritur et de his quæ numero constant si pro numero

corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quæ adnumeraveris. § 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit : si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quæ proxime tractavimus. § 7. Sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretæ centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur omne periculum ad venditorem pertinere : nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos.

Mais, comme la l. 8 pr. Dig. 18, 6, ces paragraphes sont radicalement interpolés (1). Dans la première phrase, *ceteris* n'a pas de verbe. Le deuxième *modo* est en l'air. Le double *videatur perfecta emptio*. La phrase *quam si* est sans sujet. L'emploi dans la forme passive du verbe *admetiri* ne se rencontre, chez les bons auteurs non juristes, qu'au v^e siècle (2). Tous les textes du Digeste où on rencontre ce verbe dans la forme passive sont interpolés. Si les compilateurs l'emploient dans cette forme, cela s'explique parce que, dans leur langue maternelle, ils avaient l'habi-

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 1920, p. 100 sq.

(2) HAYMANN, Z. S.-St. 1920, p. 100, n. 1 et 2. — V. *Thesaurus linguæ latinæ*, h. verbo.

tude d'employer dans cette forme le verbe transitif μετρέω qui correspond au latin *admetiri*. *Quantumcumque esset uno pretio* n'a pas de sens, puisque, lorsqu'on achète des choses fongibles en bloc, c'est toujours pour un seul prix ; en outre, au lieu de toute cette expression, un classique aurait dit *per aversionem*. *Singulos metretas*, au lieu de *singulas metretas*, à cause du grec ὁ μετρητής *Cum admunerata ad mensa adpensave sint* est sans sujet, et le verbe *admetiri* est employé encore une fois dans la forme passive. *Singulos metretas*, encore une fois, au lieu de *singulas metretas*, ce qui exclut l'hypothèse d'une faute de copiste. Avec la phrase *ut in singulos metretas*, la construction est rompue ; en outre, cette même phrase est sans verbe.

Universaliter uno pretio perfecta videtur, quoiqu'il ne s'agisse que d'un *grex*. *Eadem erunt quæ proxime tractavimus* est vide de sens. Soulignons aussi le superlatif *verissimum*, cher à Justinien. *Admetiri* est employé encore une fois dans la forme passive (*admetiatur*) ; en outre, il manque de sujet. *Singulos eos* doit se rapporter à *metretas*. L'allure de toute la phrase finale n'a rien de classique. D'ailleurs toute la structure de ce passage est singulière. Sa verbosité contraste avec le souci classique de n'employer que les mots strictement nécessaires. La première phrase, longue de six lignes (dans l'édition Mommsen), nous dit que, quelquefois, la vente est parfaite aussitôt qu'on a convenu du prix, et quelquefois seulement après que (les choses qui font l'objet de la vente, pro-

blement) ont été pesées, comptées, mesurées. On nous apprend ensuite que le premier cas se présente avec la vente *per aversionem*. La troisième et la quatrième phrase se demandent quand la vente *ad mensuram* est parfaite, et ignorent que cette question a déjà été résolue, dans la première phrase, par *si ad mensa adpensa adnumeratave sint*. La cinquième phrase nous présente de nouveau cette solution et s'appuie, pour la confirmer sur l'autorité de Sabinus et Cassius, tout comme la l. 8 pr., Dig. 18, 6. Dans le paragraphe 6, on répète inutilement encore une fois ces solutions, avec un exemple pratique (vente d'un troupeau), comme le ferait un professeur. La questions des risques, que les compilateurs avaient en vue, n'est touchée qu'à la fin, exactement comme dans la l. 8 pr., Dig. 18, 6, et dans le titre 48, livre 4 du Code, qui est aussi un produit byzantin. Il saute aux yeux qu'une telle abondance de paroles inutiles ne peut pas être attribuée à Gaius.

Passons aux indices de fond ; ils sont non moins certains et non moins importants. A ce point de vue, nous distinguerons les développements contenus dans les §§ 5 et 6, d'une part, et ceux contenus dans le § 7, d'autre part. Dans les premiers, il s'agit d'une vente d'une quantité entière, donc déterminée, de genres ; dans le § 7, au contraire, il s'agit d'une vente d'une certaine quantité de genres à prendre sur une masse déterminée. En outre, les premiers paragraphes sont relatifs plus spécialement à la « perfection » de la vente ; ce qui se trouve dans le § 7 se rapporte à la question des risques proprement dite.

1° §§ 5 et 6. — Ces paragraphes nous apprennent quand la vente est parfaite, ou plutôt dans quels cas un des éléments exigés par la l. 8 pr. Dig. 18, 6, pour la perfection de la vente se trouve réalisé ; cet élément, c'est : *et si quod venierit appareat quid quale quantum sit*. Nous avons déjà vu, en examinant la l. 8 pr. Dig. 18, 6, qu'il ne faut pas voir là l'exigence de la détermination objective de l'objet vendu, comme on l'a pensé jusqu'à présent (1). L'objet de la vente *apparet quid quale quantum est*, au cas où j'ai acheté un tonneau de vin pour 1.000, et la vente est parfaite aussitôt conclue ; mais si j'achète le même tonneau à 10 francs le litre, la vente est imparfaite tant qu'on n'a pas procédé au mesurage. Il ne suffit pas que l'objet de la vente soit objectivement déterminable, il faut, en outre, que les parties *aient connaissance* de la mesure ou de la quantité de cet objet [qu'elles savent devoir rester la même jusqu'à l'exécution du contrat (2)], parce que de cette quantité dépend le montant du prix. Mais le texte ajoute, pour expliquer cette solution, que toute vente *ad mensuram* est censée conclue sous la condition que la quantité de la chose vendue et la totalité du prix seront déterminées par la suite, par le mesurage. Or si notre texte nous apprend ce que signifie *quid quale quantum* dans la l. 8 pr., il se met en opposition avec ce dernier texte par son explication. Car le texte de Paul (8 pr. D. 18, 6)

(1) V. p. ex. GLUCK, *Pand.* XVII, p. 152 : « Der Gegenstand muss völlig, und also nicht bloss der Gattung nach, sondern individuell nach Qualität und Quantität bestimmt... seyn. »

(2) Comp. l. 1 § 2 Dig. 18, 6.

nous avait présenté le *quid quale*, etc., d'une part, et le *pure venit*, d'autre part, comme deux éléments distincts de la perfection de la vente, tandis que le texte que nous examinons en ce moment les confond ! Ce qui est encore pire, comme l'a remarqué M. Haymann (1), une vente d'espèce, par exemple la vente d'un tonneau de vin déterminé, à tant la mesure, ne pourrait devenir parfaite que par la présence des deux parties lors du mesurage ; c'est seulement par le mesurage en présence des deux parties que la condition *si id quod venierit appareat quid quale quantum sit* se trouverait réalisée et que les parties seraient fixées sur la totalité du prix à payer. De sorte que, si une partie se refuse à procéder au mesurage, l'autre partie ne peut pas la mettre en demeure, la demeure étant incompatible avec une obligation conditionnelle. Ce résultat, qui ressort logiquement de la l. 35 §§ 5 et 6, est inconciliable même avec le droit de la compilation, puisqu'il s'ensuit de la const. 2 pr. Cod. 4, 48 et la c. 12 Cod. 4, 49, que nous verrons plus tard, que dans une vente *ad mensuram*, l'acheteur peut être mis en demeure de procéder au mesurage. Mais on sait que les compilateurs se soucient peu de la concordance des différents remaniements qu'ils opèrent ; il leur suffit de souligner la décision qu'ils veulent introduire.

Faisons abstraction de cette grave contradiction, et résumons le contenu de notre texte. Il ressort de notre l. 35 §§ 5 et 6, conjuguée avec la l. 8 pr. Dig. 18, 6, qu'une vente *ad mensuram* est une vente conclue sous

(1) Z. S.-St. 1920, p. 102.

la condition qu'on procèdera au mesurage. En outre, une telle vente est « imparfaite » encore pour une autre cause : avant le mesurage, *id quod venierit non apparet quid quale quantum est*, ce qui revient à dire, nous le savons, que la vente est imparfaite tant que les parties ne sont pas fixées par le mesurage sur la quantité de la chose vendue, et, par là, sur la totalité du prix.

Si nous examinons maintenant, à l'aide de quelques textes, les idées des jurisconsultes classiques sur ces points, nous verrons, d'une part, que les classiques, contrairement à la l. 35 §§ 5 et 6, ne considéraient pas la vente *ad mensuram* comme une vente conditionnelle ; d'autre part, contrairement à ce qui ressort de la l. 35 §§ 5 et 6 et de la l. 8 pr., qu'ils considéraient la vente d'une masse entière de genres à tant la mesure comme « parfaite » (1). Si, jusqu'au mesurage, les parties ne savent pas le montant de la totalité du prix, ce prix n'est pas pour cela *incertum* ; il est seulement inconnu des parties, mais, au point de vue objectif, il est parfaitement déterminé : les éléments de sa détermination sont donnés par le contrat, par exemple : *tant la mesure de tout ce tonneau de vin*.

D'abord, la vente *ad mensuram* n'est pas une vente conditionnelle exigeant la présence des deux parties lors du mesurage. Caton ne sait rien de cette condition (2).

(1) Evidemment dans le sens que ce mot a en droit classique, c'est-à-dire « conclue » ou « non conditionnelle ».

(2) *De agri cultura*, cap. 148.

Vinum in doliis hoc modo venire oportet. Vinum accipito ante Kal. Jan. primas. Si non ante acceperit, dominus vinum admetietur. Quoad ad-mensus erit dominus, pro eo resolvito. Si emptor postulavit dominus jusjurandum dabit verum fecisse. Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet.

On voit que le mesurage peut se faire sans le concours de l'acheteur. De plus, si l'acheteur n'enlève pas le vin dans le délai convenu, il se met en demeure ; le vendeur peut faire du vin ce qu'il veut et l'acheteur doit payer quand même le prix. Rien, dans ce texte, ne nous dit que la vente est *imperfecta*, parce que conditionnelle. Cette perfection de la vente ne dépend même pas du mesurage effectué par le vendeur tout seul. Ce qui dépend du mesurage, c'est la fixation du montant total du prix, qui est, dès la conclusion du trat, objectivement déterminable et n'est pas, par conséquent, *incertum*. Voyons aussi la l. 120 Dig. 45, 1 et Vat. Fragm. 9 :

Papinianus libro trigensimo septimo quæstionum.

Si ita stipulatus fuero : « hanc summam centum aureorum dari spondes ? », etsi maxime ita exaudiatur ille sermo : « si modo centum aureorum est », non facit condicionem hæc adjectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est ; nec placuit instar habere condicionis sermonem,

qui non ad futurum sed ad præsens tempus refer-
tur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant.

P(äpinianus) libro III responsorum.

Creditor a debitore pignus recte emit, sive in
exordio contractus, ita convenit, sive postea ; nec
incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut
pecunia fenoris non soluta creditor jure empti do-
minium retineat, cum sortis et usurarum quanti-
tas ad diem solvendæ pecuniæ præstituta certa
sit.

La vente est en outre parfaite quant au prix, comme
le dit la l. 7 § 1 Dig. 18, 1, quand on a établi un pro-
cédé déterminé qui doit servir à la fixation du prix,
quoique ce prix reste encore inconnu des parties.

Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabi-
num.

Hujusmodi emptio « quanti tu eum emisti »,
« quantum pretii in arca habeo », valet ; nec enim
incertum est pretium [tam evidenti venditione] :
magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam
in rei veritate incertum est.

Beseler (1) a proposé de considérer comme une
interpolation la phrase *nec-venditione*. Nous croyons,
avec Haymann (2), que seuls les mots *tam evi-
denti venditione* ont été ajoutés par les compilateurs ;
ils doivent signifier, dans la pensée des compilateurs,

(1) *Beitrage*, I, p. 85.

(2) *Z. S.-St.* 1920, p. 104 sq.

qu'ici, à la différence de ce qui se passe dans la l. 35 §§ 5 et 6, la consistance de l'objet vendu est connue des parties. Cet objet est, en effet, déterminé et son individualité est connue des parties ; cela ressort clairement de « *eum emisti* » ; mais il n'y a pas de raison juridique de traiter différemment la vente dont l'objet est déterminé et connu des parties et celle dont l'objet est déterminé et inconnu seulement des parties. On a dit : au cas d'une vente *ad mensuram*, si l'objet vendu périt avant le mesurage, il n'est plus possible de déterminer le prix (1). Mais cette raison n'en est pas une, parce que nous pouvons répondre : et si l'argent contenu dans la caisse et formant le prix de la vente parfaite est volé ? Comment déterminer alors le prix ? En réalité, les deux cas que les Byzantins traitent différemment sont identiques : lorsque l'objet, d'après le *quantum* duquel on devait fixer le prix, a péri, ou lorsque la caisse contenant le prix dont le montant est inconnu des parties, est volée, les parties se trouvent devant la même difficulté : trouver le moyen de fixer le prix. Si leur contrat leur donne ce moyen, la vente doit rester parfaite. Il s'agit donc d'une simple question de preuve, que les Byzantins confondent avec la question de droit, comme cela leur arrive souvent (2). C'est seulement lorsque le contrat ne donne aucun moyen aux parties de fixer le prix, que les classiques disent que la vente est imparfaite, l. 35 pr. et § 1 Dig. 18, 1.

(1) WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 390, n. 12.

(2) V. l. 10 pr. in fine Dig. 14, 2 dont l'interpolation a été prouvée par HAYMANN, *Z. S.-St.* 1920, p. 155 sq. et la l. 18, 3 in fine Dig. 4, 3.

Gaius libro decimo ad edictum provinciale.
§ 1. Quod sæpe arræ nomine pro emptione datur,
non eo pertinet quasi sine arra conventio nihil
proficiat, sed ut evidentius probari possit conve-
nisse de pretio. illud constat imperfectum esse
negotium, cum emere volenti sic venditor dicit :
« quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti
estimaveris, habebis emptum ».

Il résulte de ce texte que Gaius même, que les Byzantins nous présentent comme l'auteur de la l. 35 §§ 5 et 6, « ne distinguait pas suivant que la chose vendue est une chose fongible, ou une *species*, pour décider si la vente est *perfecta*; il se demande seulement si le prix est objectivement déterminable. Ses exemples prouvent que, contrairement à ce que nous disent les Byzantins, il n'a pas pu douter de la perfection des ventes de la l. 35 §§ 5-7 » (1)

Nous avons ainsi prouvé l'origine byzantine des §§ 5 et 6 de notre texte. Avant de passer au § 7, nous remarquerons qu'il résulte du texte de Caton, rapporté plus haut, que les risques passent à l'acheteur avec le mesurage, parce que ce mesurage équivaut à la tradition. Cette tradition opère le transfert de la propriété, puisqu'il s'agit de choses *nec Mancipi*. Nous trouvons ainsi un appui chez Caton, pour l'interprétation que nous avons donnée du texte de Varron (II, 2, 5-6). Ce même principe se trouve encore chez Ulpien, dans la l. 1 § 4 Dig. 18, 6 (2).

(1) HAYMANN, Z. S.-St., 1920, pp. 106-107.

(2) V. aussi les §§ 2 et 3 *eodem*.

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria : quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere : [veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mesura esset, non appareat, videlicet ut appareret quantum emptori perierit.

L'explication de ce texte a provoqué des controverses sans fin entre les anciens auteurs (1). Pour nous, ce texte s'explique tout seul. Il faut toutefois enlever du texte les mots *veteres enim* — *perierit*, que nous croyons être une glose explicative. Un glossateur, ne se doutant pas du rôle et de l'utilité du mesurage, dans lequel les classiques voyaient un acte équivalent à la tradition, a essayé de donner une explication quelconque de ce texte. En tout cas, le contenu inutile et la forme barbare de cette dernière phrase ne permettent pas de l'attribuer à Ulpien. Il est vrai aussi que le reste du texte n'est pas irréprochable au point de vue de la forme. Ainsi, au commencement, la construction est rompue : commençant avec la deuxième personne du singulier (*emeris*), le texte continue avec la troisième personne (*convenerit*). En outre, l'*oratio obliqua* est en l'air. Mais le fond de notre texte est sûrement classique : Ulpien ne sait rien de la préten-

(1) V. GLUECK, *Pand.* XVII, p. 183, n. 42, et la bibliographie citée par lui.

due imperfection de la vente avant le mesurage ;
rage, et faire ainsi passer les risques à la charge de
rage et faire ainsi passer les risques à la charge de
l'acheteur. Cette décision est tout à fait conforme à
l'idée qui se trouve dans les textes de Varron et de
Caton, d'après lesquels le mesurage est un acte équi-
valent à la tradition.

2° Passons maintenant au § 7. A la différence du cas
que nous venons d'examiner, et où il s'agissait d'une
vente d'une quantité entière de genres, vendue à tant
la mesure, dans ce dernier paragraphe il s'agit d'une
vente d'une certaine quantité de genres à prendre sur
une masse déterminée. Notre texte décide que, dans
ce cas, avant le mesurage, *tous les risques*, perte
totale et détérioration, sont pour le vendeur, *puisque*
la vente n'est pas parfaite. Et il ajoute cette observa-
tion tout à fait byzantine, qu'il importe peu, au point
de vue des risques, qu'on ait acheté 100 mesures
pour un prix unique, ou bien 100 mesures à tant la
mesure.

Notre texte est contraire au droit classique sur deux
points.

D'abord, il décide qu'avant le mesurage les risques
sont pour le vendeur, puisque jusqu'au mesurage la
vente n'est pas parfaite. Or, si la décision de notre
texte est conforme au droit classique, il n'en est pas
de même pour son motif. En effet nous venons de
voir que les classiques décidaient que les risques du
vin vendu sont à la charge du vendeur et qu'avec le
mesurage ils passent à l'acheteur. Mais si dans notre

cas ils donnaient cette solution, ce n'est pas parce que le mesurage seul assure à la vente sa « perfection », mais parce que ce mesurage sert à réaliser la tradition. On peut invoquer, contre l'assertion byzantine, qu'avant le mesurage la vente est imparfaite, la l. 115 pr. Dig. 45, 1.

Papinianus libro secundo quæstionum.

Ita stipulatus sum : « te sisti in certo loco : si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes ? » si dies in stipulatione per errorem omisus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, *imperfecta erit stipulatio*, non secus ac si quod pondere numero mensura continetur sine adjec-tione ponderis numeri mensuræ stipulatus essem, vel insulam ædificari non demonstrato loco, vel fundum dari non adjecto nomine.

Si j'ai stipulé du vin, la stipulation est imparfaite parce que la convention n'énonce pas la quantité. On peut en conclure, en raisonnant par *a contrario*, que, lorsque cette quantité est énoncée, la stipulation est parfaite, quoiqu'on n'ait pas encore procédé au mesurage. Il n'est donc pas nécessaire, pour que la stipulation soit parfaite, que son objet soit individualisé ; il suffit que, d'après les clauses de la stipulation, cet objet soit déterminable. Il n'y a pas de raison de décider que, contrairement à ce qui se passe dans une stipulation, la vente ne devient parfaite que par l'individualisation de son objet.

Nous n'en dirons pas plus sur ce premier point où notre texte est en opposition avec le droit classique. Nous allons passer à un autre point où l'opposition avec le droit classique ressort aussi avec netteté. En outre, sur ce deuxième point, notre texte est en contradiction avec la l. 8 pr. Dig. 18, 6. En effet, notre § 7 décide que, lorsqu'il s'agit d'une vente d'une certaine quantité de vin à prendre dans un tonneau déterminé (1), tous les risques — *omne periculum* — restent à la charge du vendeur tant qu'on n'a pas procédé au mesurage. Ce ne sont donc pas seulement les risques de perte totale qui restent à la charge du vendeur, ce sont aussi les risques de détérioration, et en particulier les risques d'*acor* et de *mucor* — aigreur et moisissure — du vin. Mais nous savons que d'après le § 5 de notre texte la vente d'une quantité à prendre sur une masse déterminée, pour un prix unique, ou à tant la mesure, de même que la vente de toute la masse à tant la mesure, est une vente conditionnelle. Or, la l. 8. pr. Dig. 18, 6 in fine décide qu'au cas d'une vente conditionnelle les risques de détérioration sont pour l'acheteur ! ! ! Rien ne trahit davantage les Byzantins que ces contradictions dans lesquelles ils se mettent en soulignant à tort et à travers la règle qu'ils veulent introduire dans les textes classiques, et que les auteurs de ces textes ne connaissaient pas.

Mais laissons de côté les contradictions des Byzantins avec eux-mêmes, et comparons la décision du § 7 avec celle du droit classique. Nous savons que la

(1) C'est ce que les Allemands appellent *ein gemischt generisches Geschäft* ; *Kauf aus einem bestimmten Vorrat*.

vente *ad mensuram* n'est pas une vente conditionnelle pour les classiques ; en outre, nous savons que, *dans toute espèce de vente, tous les risques* restent à la charge du vendeur jusqu'à l'accomplissement de la tradition. C'est seulement à partir de la tradition que les risques passent à l'acheteur. Exceptionnellement, cependant, les classiques décidaient qu'en cas de vente d'une quantité de vin à prendre dans un tonneau déterminé, et à plus forte raison en cas de vente de tout le vin à tant la mesure ou *per aversionem*, les risques de l'aigreur et de la moisissure sont à la charge de l'acheteur, dès la conclusion du contrat et avant toute tradition ; ces risques sont à la charge de l'acheteur même au cas de vente conditionnelle et avant la réalisation de la condition. Toutefois, si on est en présence d'une vente purement générique (1), si la masse sur laquelle on doit prendre la quantité vendue n'est pas déterminée, tous les risques, par conséquent ceux d'*acor* et *mucor* aussi s'il s'agit de vin, sont pour le vendeur (2). C'est ce que dit clairement Papinien dans les *Fr. Vat.* 16 :

P(apinianus) libro III responsarum.

Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit. Quodsi mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vini vendidit, nullum emptoris interea periculum erit.

(1) *Ein rein generischer Kauf.*

(2) HAYMANN. *Z. S.-St.* 1920, p. 108. — SCHULZ, *Krit. Viert. Schr.*, 1912, p. 72, n. 102 a.

La raison de cette décision exceptionnelle est facile à saisir. En réalité il ne s'agit pas d'une exception. Il y a là une décision tout à fait conforme à la bonne foi qui doit inspirer l'exécution des obligations des parties au contrat de vente. Il est très probable qu'originellement, les vendeurs, qui supportaient les risques d'*acor* et *mucor* comme tous les autres risques, ont pris l'habitude de stipuler qu'ils ne répondraient, après la dégustation, de l'aigreur ou de la moisissure du vin. Plus tard, comme cette clause était devenue d'usage, on a fini par la sous-entendre : ainsi les risques de l'aigreur ou de la moisissure du vin ont fini par passer à l'acheteur avec la dégustation, ou avec la conclusion du contrat, si aucune dégustation n'a été stipulée (1). Quoi qu'il en soit de cette explication, la décision classique est conforme à la bonne foi. Il est dans la nature du vin de tourner. Celui qui achète le vin sait qu'il peut aigrir ou moisir. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, on peut dire que l'acheteur achetait une chance : le principe *periculum est emptoris* est ici à sa place (2).

La confirmation de cette explication, ainsi qu'une preuve pour l'hypothèse que les classiques faisaient passer les risques d'*acor* et *mucor* à l'acheteur dès la

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 1920, p. 99.

(2) Il y a là un cas tout à fait parallèle à celui examiné par la l. 13 § 17 Dig. 19, 1 (plus haut, ch. II, § 3, X) et la l. 7 § 13 Dig. 10, 3 (plus haut, ch. II, § 3, X), avec cette différence, que dans ces textes il s'agit des droits susceptibles d'évoluer, de changer, tandis que dans notre texte il s'agit d'un objet physique ayant la même nature changeante. Dans les deux cas il y a lieu de donner la même solution, appliquer le principe : *periculum est emptoris*, à cause de la nature changeante (et connue de l'acheteur) de l'objet de la vente.

conclusion du contrat et non seulement après le mesurage, se trouve dans ce qu'on peut tirer de la l. 16 Dig. 18, 6 que les compilateurs ont retouchée (1). Loin de décider qu'avant le mesurage *omne periculum* est à la charge du vendeur, comme nous le dit la l. 35 § 7 Dig. 18, 1, Gaius disait : si vina quæ in doliis erunt venierit, eaque, antequam ab emptore tollerentur *sua natura* corrupta fuerint, emptoris erit periculum.

Il y a d'autres textes qui prouvent plus ou moins directement que les classiques faisaient passer les risques d'*acor* et *mucor* à l'acheteur à la conclusion du contrat (2). Nous allons les parcourir rapidement. Prenons d'abord la l. 4 pr. Dig. 18, 6.

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur, utrum præteritum dumtaxat periculum acoris et mucoris venditor præstare debet, an vero etiam die præterito (ut, si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi præteriit, periculum ad venditorem pertineat), an vero magis emptio sit soluta (quasi sub conditione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata) ? et intererit, quid actum sit : ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici

(1) V. le texte plus haut, ch. II, § 5, et ce qu'on peut tirer de lui contre le *periculum emptoris*.

(2) Bien entendu, en absence d'une clause de dégustation. Si une telle clause est insérée au contrat, les risques ne passent à l'acheteur qu'après la dégustation. V. PAUL, l. 34 § 5 Dig. 18, 1.

emptionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando præfinitum, quia per ipsum factum est.

Ce texte, tel qu'il est, n'est sûrement pas d'Ulpien. Déjà Eisele (1) avait pensé qu'il fallait enlever de notre texte la phrase : *hoc est si ante diem illum fuisent degustata*, parce que d'après lui ce serait une glose explicative. D'après Schulz (2), il faudrait en outre considérer comme une interpolation explicative *ut si forte... ad venditorem pertineat* (3). Mais il faut aller plus loin et rejeter comme interpolée toute la partie du texte : *ut si forte* jusqu'à la fin. — *An vero magis emptio sit soluta quasi sub condicione venierient* s'accroche péniblement au dilemme d'Ulpien, dans lequel il n'est question que d'un risque spécial, celui d'*acor* et *mucor*. Qu'est-ce que la résolution de la vente, à la suite de la non-dégustation à temps convenu, a à faire avec cette question spéciale ?

(1) Z. S.-St. Bd. 11, pp. 7 et 20.

(2) Krit. V.-Schr. 1912, pp. 82-83.

(3) LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia, etc.*, II, pp. 73-74, croit que, pour des raisons de fond, il faut considérer comme interpolés les mots *acoris et mucoris*. La vente avec clause de dégustation est une vente conditionnelle ; or, « secundo i rigorosi concetti romani dell' epoca classica il periculum del perimento non poteva passare al compratore, ma continuava sino a quel momento (la réalisation de la condition) a incombere sul venditore ». Mais les compilateurs, ne laissant pas l'acheteur complètement libre de décider d'après son goût, ont enlevé le caractère conditionnel à la vente *ad gustum*. Il est alors naturel de faire passer tous les risques à l'acheteur, dès la conclusion du contrat, exception faite de l'*acor* et *mucor* (p. 75). — Contrairement à cette déduction de Lusignani nous avons vu que les compilateurs considèrent bien la vente *ad gustum*, comme une vente conditionnelle, et que par conséquent ils laissent les risques de la détérioration à l'acheteur. Toutefois nous allons voir dans un instant que les mots *periculum et mucoris* ne se comprennent pas du point de vue des Byzantins, mais pour d'autres raisons que celles alléguées par Lusignani.

Déjà Lusignani a bien remarqué (1) que cette question de la résolution de la vente pourrait être examinée avec la question du *periculum* tout court, mais non avec le risque spécial d'*acor* ou *mucor*. Mais, contrairement à ce que pensait Lusignani, ce ne sont pas les mots *acoris et mucoris*, mais *an vero — venierint* qui sont interpolées. — Les infinitifs et les accusatifs avec les infinitifs sont insupportables dans la dernière phrase. — *Quia per ipsum factum est* manque de sujet. — En outre, comment Ulpien pouvait-il décider, sans ombre d'une justification, que *si hoc occulto sit(!) debere dici emptionem manere* ? N'est-ce pas là plutôt la manière d'un législateur, comme l'étaient les commissaires de Justinien, que du commentateur Ulpien ?

Nous croyons que le texte original d'Ulpien était ainsi conçu :

Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur, utrum præteritum dumtaxat periculum acoris et mucoris venditor præstare debet, an vero etiam die præterito ? Arbitror periculum acoris et mucoris ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando præfinitum.

Nous voyons ainsi que, lorsqu'une clause de dégustation est insérée au contrat, les risques d'*acor* et d'*mucor* ne passent à l'acheteur qu'avec la dégustation.

(1) *Op. cit.*, p. 73.

Par un argument *a contrario* nous pouvons conclure encore une fois que, normalement, en l'absence d'une clause de dégustation, les risques d'*acor* et *mucor* passent à l'acheteur avec la conclusion du contrat ; il est sans importance, en ce qui concerne ces risques spéciaux, que le mesurage ait été effectué ou non (1).

Prenons maintenant la l. 4 § 1 Dig. 18, 6.

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Si aversione vinum venit, custodia tantum præstanda est. ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem præstare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere : difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet. quare si dies degustationi adjectus non erit, quandoque degustare emptor poterit et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit: dies enim degustationi præstitutus meliorem condicionem emptoris facit.

Lusignani (2) a prouvé que la partie du texte : depuis *difficile autem est* jusqu'à la fin, est des compilateurs. Un classique n'a pu dire *difficile est* : il arrive avec peine ! — *Ut* avec *ne*. — Toute la phrase *quare si*, qui s'occupe de la question *quand* doit se faire la dégustation, nous surprend, parce que la question qu'a-

(1) Un autre argument en faveur de la théorie que nous soutenons peut être tiré de la l. 6 Dig. 18, 6 de Pomponius.

(2) *Custodia*, II, p. 76 sq. V. aussi SCHULZ, *Krit. V.-Schr.* 1912, p. 84.

vait à résoudre Ulpien était bâtie sur l'hypothèse de l'absence de toute clause de dégustation. Enfin, on ne voit pas comment on peut l'attacher par *quare* à ce qui précède. — En outre, du commencement de notre texte, Lusignani voudrait enlever *neque acorem neque mucorem venditorem præstare debere, sed*, et cela pour les mêmes raisons qu'il a fait valoir pour une opération pareille dans le *principium* de notre texte, et que nous avons rapportées plus haut. En effet, parler d'*acor* et *mucor*, et puis conclure *sed omne periculum*, n'est pas très logique. Mais ce sont plutôt les mots *sed omne periculum ad emptorem pertinere* qui ont été ajoutés par les compilateurs, ou au moins le mot *omne* (1). Au commencement il s'agissait du *periculum acoris et mucoris*, et il a été décidé, conformément au droit classique, qu'au cas d'absence d'une clause de dégustation, le vendeur ne répondrait pas de *ce risque spécial*. On ne peut donc pas en conclure que tous les risques sont pour l'acheteur. Pour sauver la phrase *sed-pertinere*, Schultz (2) a proposé de remplacer *omne* par *hoc* (3).

Avec ce qui reste de notre texte il est fort difficile d'essayer une reconstruction. Peut-être était il ainsi conçu :

(1) SCHULZ, K. V.-Schr. 1912, p. 84 .

(2) *Loc. cit.*

(3) Remarquons en outre que le commencement de notre texte est aussi interpolé. En effet c'est seulement pour les Byzantins qu'il peut « apparaître » de ce qu'en cas de vente *per aversionem* le vendeur doit seulement la *custodia*, qu'en cas de vente sans clause de dégustation le vendeur ne doit répondre ni de l'*acor* ni du *mucor* du vin et que tous les risques sont pour l'acheteur. HAYMANN, *Custodia*, in Z. S.-St. Bd. 40, p. 348.

Si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem præstare debere, sed hoc periculum ad emptorem pertinere : dies enim degustationis præstitutus meliorem conditionem emptoris facit.

Nous ne croyons donc pas, avec Lusignani et Schultz, que la phrase finale de notre texte, qui a provoqué des controverses nombreuses (1), provienne des compilateurs. Quoi qu'il en soit la phrase *si non ita... præstare debere*, qui est sûrement classique, prouve que les risques d'acor et mucor passaient en droit classique à l'acheteur avec la conclusion du contrat.

Nous pouvons maintenant résumer la critique de la seconde assertion du § 7 de la l. 35 Dig. 18, 1 : *omne periculum ad venditorem pertinere*. Pour les classiques, en règle générale, les risques passent à l'acheteur seulement avec la tradition. Exceptionnellement, à cause de la nature changeante de l'objet vendu et de la bonne foi, ils décident qu'en cas de vente du vin *per aversionem*, ou en cas de vente d'une certaine quantité de vin à prendre dans un tonneau déterminé, les risques d'acor et mucor passent à l'acheteur avec la conclusion du contrat, si la convention des parties ne contient pas une clause de dégustation ; dans le cas contraire les risques passent à l'acheteur seulement avec la dégustation. Voilà la théorie classique. Les compilateurs au contraire décident qu'en règle générale les risques, tous les risques,

(1) V. GLUCK, *Pand.* XVII, pp. 163-165 et notre chapitre I, § 5.

passent à l'acheteur avec la conclusion du contrat : par conséquent au cas d'une vente *per aversionem, sine mensura*, de vin, l'acheteur supportera tous les risques. La règle classique d'après laquelle *periculum acoris et mucoris ad emptorem pertinet* se trouve ainsi, dans ce cas, englobée dans la règle générale. Mais, en revanche, les compilateurs décident qu'au cas de vente de choses fongibles à prendre sur une masse déterminée, tous les risques sont pour le vendeur jusqu'au mesurage, par conséquent, s'il s'agit du vin, les risques d'*acor* et *mucor* aussi. Dans ce but ils ont remplacé dans les textes classiques les mots : *periculum acoris et mucoris* par les mots : *omne periculum*. Mais ils ont effectué ce travail avec négligence, et nous ont permis ainsi de reconstituer la doctrine classique sur ce point.

Ce ne sont pas seulement les textes que nous venons de critiquer qui ont été interpolés pour introduire ce changement dans la législation ; il y en a encore quelques-uns qui ont été remaniés dans le même but et que nous allons parcourir dans les premiers paragraphes qui suivent.

III. — *La l. 1 pr. §§ 1 et 2 Dig. 18, 6.*

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum, quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa. sed si venditor se

periculo subjecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subjecit : quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. aut igitur **convenit**, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit et usque ad degustationem sustinebit. sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit. § 1. Sed et custodiam ad diem mensuræ venditor præstare debet : priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. post mensuram factam venditoris desinit esse periculum : et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia. § 2. Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videre : Labeo contra, quod et verum est : magis enim ne summutetur, signari solere quam ut traditum videatur.

On sait depuis longtemps que ce texte a été gravement retouché par les compilateurs ; seulement les auteurs ne sont pas d'accord sur l'étendue de ces remaniements et, partant, sur la reconstruction de ce texte. Nous croyons avec M. Haymann (1) que le *principium* et le § 1 (2) sont presque en entier l'œuvre des compilateurs.

(1) Z. S.-St. Bd. 41, p. 111 sq.

(2) Ainsi d'ailleurs que le § 3 tout entier et la dernière phrase du § 4 de notre loi (*veteres*, jusqu'à la fin). Sur le § 3 v. HAYMANN, *op. cit.*, p. 112, n. 8 et sur le § 4, plus haut, p. 228.

Les indices d'interpolation sont très nombreux. La première partie de l'énoncé de l'espèce : *si vinum venditum acuerit*, peut encore être d'Ulpien ; mais la suite : *vel quid aliud vitii sustinuerit*, est sûrement des compilateurs parce qu'on ne peut pas, en bon latin, en parlant du vin, dire *vitium sustinere* (1). En outre, cette partie de la phrase n'est pas d'Ulpien : on peut le conclure du contenu de la phrase *quod si* qui contient des noyaux classiques : il y est souligné que *jusqu'à la dégustation* les risques sont pour le vendeur. Or, s'il s'était agi dans l'espèce examinée par Ulpien d'autres *vitia* ? que d'*acor* et de *mucor*, celui-ci n'aurait pas fait dépendre la solution de la question des risques uniquement de la dégustation ; celle-ci marque pour les classiques le moment du passage à l'acheteur des risques d'*acor* et *mucor* seulement. La phrase *quemadmodum* nous donne comme exemple de *vitium*... l'effusion du vin ! Singulier *vitium* ! — La phrase *quemadmodum — ex causa* est aussi interpolée (2). A côté de l'exemple impossible qu'elle donne de *vitium*, il faut y relever le subjonctif *esset* après les futurs *acuerit* et *erit*. Toute la seconde phrase : *sed si-fuerit degustatum* est aussi interpolée (3). Les deux *subjecit* se suivent de trop près. *Sustinebit* se rapporte dans notre phrase au vendeur, tandis que trois lignes plus haut il se rapportait au vin. — Il est impossible qu'Ulpien ait pu laisser subsister au

(1) Ainsi HAYMANN, *op. cit.*, p. 111 et n. 2.

(2) En ce sens LUSIGNANI, *Custodia*, II, pp. 60-61, et SCHULZ, *Kr. Viert.-Schr.* 13.2, pp. 76 et 77.

(3) SCHULZ, *art. cit.*, p. 77 conserve cette phrase mais met à la place de *periculo* le mot *degustationi*.

profit de l'acheteur la faculté de déguster le vin, sans l'obliger à procéder à la dégustation dans un délai déterminé par les circonstances particulières à chaque cas concret. — *Plenissime* est caractéristique pour Justinien (1). — En outre *videlicet-degustatum*, qui argumente de l'imperfection de la vente, ne peut pas être d'Ulpien, qui ne sait rien de la perfection de la vente dans le sens des compilateurs (2). *Aut igitur-sustinebit* est sans aucun doute une glose résumant ce qui précède (3). Quant à la phrase *sed si nondum* — jusqu'à la fin du paragraphe, elle a été aussi retouchée, mais telle qu'elle est, elle contient un noyau classique (4). Elle forme avec le § 2 un ensemble que les compilateurs ont rompu par l'intercalation du § 1, dans lequel ils exposent leur théorie de la *custodia*. Cet ensemble, comme nous l'avons vu (2), nous fournit des indications précises sur la théorie classique des risques : quoique l'acheteur ait apposé la marque sur les tonneaux de vin, vendu avec clause de dégustation, cette apposition de marque, contrairement à ce que pensait Trebatius, ne peut pas être considérée comme une *tradition* et, *par conséquent, faire passer les risques à l'acheteur*, tant que la dégustation n'a pas eu lieu.

Quant au § 1, son interpolation ressort du fait que

(1) LONGO, *Bulletino Ist. D. R.* vol. 10, p. 390. — Comp. H. APPLETON, *Th. cit.*, p. 59.

(2) EISELE, *Z. S.-St.* Bd. 11, pp. 19 et 20, tient pour interpolés : *videlicet-sustinebit*, et *nisi si aliud convenit*. — V. aussi LUSIGNANI, *Custodia*, II, p. 57, n. 54 et SCHULZ, *Kr. V.-Schr.* 1912, p. 79.

(3) EISELE, *Z. S.-St.* Bd. 10, p. 309.

(4) V. LUSIGNANI qui voudrait mettre *tradition* à la place de *degustatio* (p. 63). Contra SCHULZ, p. 80.

(5) Plus haut, ch. II, § 5.

les classiques ne savent rien de la théorie des compilateurs sur la *custodia qu'il contient* (1). Relevons aussi l'emploi dans la forme passive du verbe *admetiri* (*admetiatur vinum*) (2). Il faut remarquer aussi le motif de l'obligation du vendeur à la *custodia* : *car avant que le vin soit mesuré il est considéré presque comme s'il n'était pas encore vendu* ! On nous a dit dans le *principium* qu'à la suite de la dégustation le vin est vendu *plenissime* ; ici on nous apprend que jusqu'au mesurage il est considéré presque comme non vendu. Les Byzantins, sans se soucier du contexte, font ici allusion à leur théorie de la perfection de la vente. Combien de telles inepties étaient étrangères aux classiques, on peut le voir de la l. 34 § 5 Dig. 18, 1 :

Paulus libro trigensimo tertio ad edictum.

Alia causa est degustandi, alia metiendi : gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat quantum ematur (3).

Quant au reste du paragraphe 1, *post mensuram — dolia*, son contenu impossible prouve suffisamment

(1) Sur cette importante question, voir HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 40, p. 254 sq. et 347 sq.

(2) A moins qu'on ne dise que cet *admetiatur* a pour sujet le vendeur. Sans cela on ne peut pas invoquer le § 3 *eodem* (*admensum est*) pour prouver que cet emploi dans la forme passive était connu des classiques, car, comme l'a prouvé KRUEGER, ce texte est interpolé. V. aussi HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 41, p. 112, n. 8.

(3) Comp. CATO, de agri cultura, cap. 148. V. HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 41, p. 113.

son origine byzantine. En effet, il nous dit qu'en cas de vente *ad mensuram*, les risques passent à l'acheteur avec le mesurage. On n'a rien à reprocher à cette partie du texte, puisque, comme nous le savons les classiques voyaient dans le mesurage un acte équivalent à la tradition. Or la tradition marque pour eux le moment où les risques passent à l'acheteur. Mais notre texte ajoute que le vendeur est *libéré aussi des risques* dès avant le mesurage, si la vente n'a pas été faite *ad mensuram*, mais *per aversionem*, ce qui est conforme à la théorie byzantine (1), que le moment de la perfection de la vente *per aversionem* coïncide avec sa conclusion. Or la vente *per aversionem* étant parfaite dès sa conclusion et les risques étant dès lors à la charge de l'acheteur, on ne peut pas logiquement parler de *liberari periculo* pour le vendeur. En outre le mesurage n'ayant aucune espèce d'importance dans ce cas, il n'y a pas lieu de parler de *et ante mensuram*. — Relevons aussi *sed forte amphoras vel etiam singula dolia*, au lieu de *per aversionem* (2).

Notre texte est donc gravement interpolé. Il est difficile de savoir exactement comment il était conçu dans l'original d'Ulpien (3). En tout cas la mention du risque spécial d'*acor* et *mucor*, au commencement du texte, nous autorise à supposer qu'Ulpien s'y est occupé de cette exception au *periculum venditoris*. Comme les autres classiques, il fait passer les risques

(1) L. 35 §§ 5-7 Dig. 18, 1.

(2) Sur cette partie du texte v. SCHULZ, *Kr. V.-Schr.* 1912, p. 81 et HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, p. 114.

(3) Un essai de reconstruction a été fait par SCHULZ, *Kr. V.-Schr.* 1912, pp. 80-82.

d'*acor* et *mucor* à l'acheteur avec la conclusion du contrat, sauf dans le cas d'une vente purement générique. Les compilateurs font supporter *tous les risques* par l'acheteur dans une vente *sine mensura* ; dans une vente *ad mensuram* ou *ad gustum* ils font supporter tous les risques par le vendeur, de sorte que la décision concernant les risques de la détérioration intérieure, *acor* et *mucor*, n'a plus rien de spécial : ce qui est établi pour les risques en général doit s'appliquer à l'*acor* et *mucor* (1). — D'autres textes ont été interpolés dans le même but.

IV. — *La l. 5 Dig. 18, 6.*

Paulus libro quinto ad Sabinum.

Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. si verbi gratia amphoræ centum ex eo vinum, quod in cella esset, venierint, si admensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat.

Déjà Eisele (2) avait soupçonné une interpolation de notre texte. Il proposait de mettre entre crochets [] *si verbi gratia fiat*. Lusignani (3) et Schulz (4), ont

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 41, pp. 114-115.

(2) Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen, in Z. S.-St. 1910 (Bd 11), p. 21.

(3) Custodia, II, p. 78 sq.

(4) SCHULZ, Kr. Viert.-Schr. 8912, p. 85 : « Sie (die Stelle) ist gründlich zerrüttet ; im ersten wie im zweiten Teile. »

prouvé que notre texte est tout entier interpolé. Relevons *interceptum est*, pour l'explication duquel, comme le dit Lusignani, « occorre un gran dose di buon volere ». — *Non debet præstari* est sans sujet. — La tournure *nisi id* (quod ?) *per emptorem fiat* n'est pas bien classique. — *Si admensum est, donec admetiatur*, double emploi dans la forme passive du verbe *admetiri*, et les deux fois sans sujet. Il y a là en outre un pléonasme insupportable, impossible chez Paul (1).

Au point de vue du fond, on peut remarquer qu'il n'y a point de liaison, quoi qu'en dise notre texte (*verbi gratia*), entre les deux parties qui le composent. La première phrase nous dit qu'au cas de demeure de l'acheteur, qui n'enlève pas le vin jusqu'au jour convenu, le vendeur ne répond pour aucune perte, si toutefois il n'a pas commis de dol, ce qui signifie, que non seulement l'acheteur n'a point d'action contre le vendeur, mais qu'en outre celui-ci conserve son action en paiement du prix (2). Ces développements sont conformes au droit classique et, sans les incorrections de forme dont ils sont criblés, on pourrait les attribuer à Paul. En tout cas on peut en conclure *per argumentum a contrario* que normalement, sans la demeure de l'acheteur, les risques sont à la charge

(1) FADDA (Edition italienne du Digeste) propose la ponctuation suivante... Si verbi gratia amphoræ centum ab eo vino, quod in cella esset, venierint « si admensum est », donec admetiatur, omne periculum, etc. De sorte que le « si admensum est » joue le rôle d'une clause du contrat qu'on rapporte. C'est cette ponctuation qu'on trouve dans les Basiliques (53, 7) 12, suppl. Ferrini-Mercati, p. 106 : « Si vendidero centum amphoras hujusce vini dicens « nisi adme [tiatur, non erit venditum » ; donec adme] tiatur ego periculum sentiam. » Mais cela n'empêche pas notre texte d'être interpolé.

(2) HAYMANN, Z. S.-St. 1920, p. 115.

du vendeur. — Mais la seconde partie du texte contient des développements tout à fait différents (*verbi gratia* ?). Le cas pratique qui y est proposé s'occupe de tout autre chose que de la demeure ou du *dies tollendi*. La décision qui y est contenue met tous les risques à la charge du vendeur jusqu'au mesurage, et souligne, dans la forme que nous avons vue, que c'est le mesurage qui importe le plus, tandis que dans l'espèce proposée par Sabinus il ne se trouve aucun indice nous autorisant à penser qu'il s'agisse d'une vente *ad mensuram* ! La question de la demeure qui était essentielle pour Paul est touchée — dans quelle forme barbare ? — seulement à la fin : *nisi id (quod ?) per emptorem fiat*.

Il est impossible d'arriver à une reconstruction du texte (1). Nous croyons que les compilateurs ont interpolé notre texte sans se soucier de l'ensemble, et de la logique des développements. Ils veulent « seulement que l'ensemble ait l'air de dire que le vendeur supporte jusqu'au mesurage tous les risques » (2), et que par conséquent l'acheteur ne supporte même pas les risques d'*acor* et *mucor*.

V. — *Const. 2 Cod. 4, 48.*

Imp. Alexander A. Gargilio Juliano.

Cum convenit, ut singulæ amphoræ vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati

(1) SCHULZ, *Kr. V.-Schrift*, 1912, p. 85.

(2) HAYMANN, *Z. S.-St. Bd.* 41, p. 116.

emptoris, qui moram mensuræ faciendæ non interposuit, non fuit. § 1. Cum autem universum, quod in horreis erat positum venisse sine mensura et claves emptoribus traditas adlegas, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet. § 2. Hæc omnia locum habent non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora aut penitus corrupta fuerint.

Ce texte a été interpolé dans le même but que les précédents. Au point de vue de la forme on peut relever dans le *principium* le parfait *fuit* après le présent *convenit* et *tradantur*. — La construction de toute la première phrase est boîteuse. — *Antequam tradantur* est en l'air, et parfaitement inutile pour la théorie qui est exposée dans notre texte. — Dans le § 1, il manque un substantif à côté de l'adjectif *universum*. — *Emptoribus*, tandis que dans le *principium* il n'était question que d'un *emptor*. — *Sine mensura* que les compilateurs emploient dans le sens de *per aversionem*. — Relevons encore la généralisation *hæc omnia locum habent* du § 2, qui ne se retrouve pas dans les textes classiques. — *Deteriora fuerint* dans le sens de *deteriora facta fuerint* ne désigne pas, comme il devrait le faire, un événement arrivant seulement après la conclusion du contrat, mais bien plutôt un événement arrivé avant la vente (...venierint... corrupta fuerint). — Enfin, on sait que c'est seulement Justinien qui emploie le mot *penitus* dans le sens de *radicalement*.

Au point de vue du fond, on peut relever la double mention du moment de la tradition qui est, au moins dans le § 1 (1), sans aucune importance pour la théorie des risques de la compilation dans le cas de vente *per aversionem* (2). Nous avons déjà vu plus haut la preuve qu'on peut tirer de cette mention de la tradition contre le principe *periculum est emptoris* et pour la classicité du principe *periculum est venditoris* (3). Le contenu dogmatique du § 2 est impossible pour un rescrit qui tranche de la façon la plus courte la question pratique soumise à l'empereur (4). De pareilles généralisations trahissent la main des compilateurs ; les rescrits n'en font jamais. Les compilateurs ont écrit ce paragraphe dans le même but que le § 5 de la l. 35 Dig. 18, 1 : faire voir que c'est le mesurage qui est le seul moment important pour le passage de tous les risques à l'acheteur dans une vente de vin, d'huile et de choses semblables, et non pas la tradition, comme l'avait décidé l'empereur Alexandre Sévère.

(1) Car dans le pr. il s'agit d'une vente de genres à prendre sur une masse déterminée. Dans ce sens, ARNO, *La const. 2 Cod. 4, 48 nella « Summa Perusina »*, in *Arch. Giuridico*, vol. 68 (1902), p. 436, § 5. — HAYMANN, *Z. S.-St. Bd. 41*, p. 117. — CONTRA SCHULZ, *Kr. V.-Schr.*, 1912, p. 73 : « das pr. handelt vom Genuskauf ».

(2) V. l. 8 pr. Dig. 18, 6 ; l. 35 §§ 5-7 Dig. 18, 1 ; § 3 Inst. III, 23.

(3) V. plus haut, ch. II, § 5.

(4) ARNO, *Arch. Giuridico*, vol. 68 (1902), p. 432.

VI. — *La const. 12 Cod. 4, 49.*

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC.
Egi Crispino.

Sicut periculum vini mutati, quod certum fuerat comparatum, ad emptorem, ita commodum aucti pretii pertinet.

Ici aussi les Byzantins veulent nous dire qu'il n'y a point de règle spéciale pour le risque d'*acor* et *mucor* ; puisqu'il s'agit d'une vente *per aversionem*, où aucun mesurage n'est nécessaire pour faire passer tous les risques à l'acheteur, celui-ci doit supporter les risques dès la conclusion du contrat. Quant à la preuve du remaniement opéré par les compilateurs, elle ressort clairement du motif étrange de la décision de notre texte : l'acheteur aura le *commodum aucti pretii*, parce que c'est lui qui supporte le *periculum vini mutati* (1) !!

A côté de ces textes, beaucoup d'autres ont été interpolés dans le but d'introduire la règle *periculum est emptoris*. Nous allons les parcourir l'un après l'autre.

(1) HAYMANN, *Custodia*, Z. S.-St. 40, p. 316, n. 2, in fine. V. aussi Z. S.-St. Bd. 41, p. 118.

VII. — *La l. 11 Dig. 18, 6 et l. 7 pr. Dig. 18, 6*

In libro septimo digestorum Juliani Scævola notat :

Fundi nomine emptor agere non potest, cum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit.

Malgré les difficultés auxquelles ce texte a donné lieu (1), il doit dans l'esprit des compilateurs se rapporter à la théorie des risques qu'ils ont adoptée. Il a été sans aucun doute retouché ; mais tel qu'il est, il nous prouve suffisamment qu'il s'occupait dans sa forme primitive d'autre chose que de la question des risques. Il traite de l'*actio de modo agri*. C'était une action du vieux droit civil qui avait passé dans le droit postérieur, et qui était « relative à un vice de fonds de terre, à celui résultant du défaut de contenance déclarée » (2). Si l'acheteur trouvait, après avoir mesuré le fonds, qu'il n'avait pas la contenance déclarée au moment de la conclusion du contrat, il pouvait agir par cette action contre le vendeur. Seulement l'action ne lui était donnée que si la contenance *existant au moment du contrat* était inférieure à celle déclarée à ce même moment ; par conséquent l'augmentation ou la diminution postérieure de ce fonds étaient sans influence sur l'existence de l'action (3). Or, notre texte ne dit pas autre chose : en quelques mots il

(1) V. plus haut, ch. I, § 6.

(2) GIRARD, *Manuel* (6^e éd.), p. 573.

(3) HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, p. 118 et Bd 40, p. 316 et 333.

énonce le principe que nous venons de paraphraser.
Il faut dire la même chose pour la l. 7 pr. Dig. 18, 6.

Paulus libro quinto ad Sabinum.

Id quod post emptionem fundo accessit vel perit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet : nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris : sic igitur et commodum ejus esse debet.

VIII. — *La l. 12 (11) Dig. 18,6.*

Alfenus Varus libro secundo digestorum.

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit ? respondit, quia, sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam in insula custodienda adhibuisset, quam debent homines frugi et diligentes præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Ce texte est tout entier interpolé. La preuve en a été faite depuis longtemps par Pernice (1). Il est impossible de savoir de quoi parlait le texte original d'Alfenus. On ne sait même pas dans quel but ce texte a été interpolé. Pour la majorité des auteurs, les Byzantins s'y occupent uniquement de la question de la responsabilité des contractants dans les contrats

(1) V. aussi LUSIGNANI, *Custodia*, I, p. 19 sq. — SCHULZ, *Kr. V.-Schr.* 1912, pp. 59-60. — HAYMANN, *Z. S.-St.* Bd. 40, p. 346 et Bd. 41, p. 119.

de bonne foi. Nous croyons avec M. Haymann que les Byzantins, en insérant ce texte dans notre titre *De periculo et commodo rei venditæ*, ont voulu donner aux mots : *nihil ad eum pertinebit* le sens qu'ont les mots *securus erit* dans le § 3 Inst. III, 23, et qui sans aucun doute signifient que l'acheteur doit payer le prix malgré la perte fortuite de la chose (1).

IX. — *La l. 62 § 2 Dig. 18, 1.*

Modestinus libro quinto regularum.

Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit.

Ce texte aussi est interpolé. Au point de vue de la forme, il faut remarquer que les jurisconsultes classiques se servent des mots : *per aversionem*, ou *aversione*, pour dire que les choses qui font objet du contrat ont été vendue en bloc ; on ne trouve nulle part, sauf dans ce texte, l'expression *in aversione* (2). — Ensuite la phrase : *si non dolo venditoris factum sit* manque de sujet (3). — La répétition de *res* et *sit* n'embellit sûrement pas le style. — Quant au fond, l'espèce examinée n'est pas définie ; elle est abstraite, et dans le goût des Byzantins (4).

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 40, p. 317 et Bd. 41, p. 119.

(2) *Vocab. jur. rom. h. v.*

(3) Il est probable que cette phrase contient un noyau classique où MODESTIN avait examiné la responsabilité du vendeur pour dol. Comp. l. 17 Dig. 18, 6 in fine. — HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 40, p. 267 et Bd. 41, p. 121.

(4) HAYMANN, Z. S.-St., 41, pp. 120 et 121. Elle rappelle le *quod certum fuerat comparatum* des compilateurs dans la c. 12 Cod. 4, 49. V. plus haut, p. 251, et HAYMANN, Z. S.-St. 41, pp. 118 et 121.

X. — *La l. 11 § 12 Dig. 43, 24.*

Ulpianus libro septuagesimo primo ad edictum.

Ego, si post in diem additionem factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est precarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat : ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit, nec multum facit, quod res emptoris periculo est : nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. si tamen precario sit in possessione, videamus, ne, quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, jam interdicto uti possit.

Déjà Cujas (1) a reproché à ce texte d'être inconséquent. Arnò (2) a douté de la partie du texte *ei enim — nemo dixit interdictum ei competere* (3), parce que parfaitement inutile. Mommsen et Lenel (4) ont cru que *ei enim-sit* est une glose. Schulz (5), en reconnaissant d'autres interpolations de ce texte, a essayé une reconstruction du point de vue de sa théorie de la

(1) *Obs.* 2, 25 et 16, 29.

(2) *Archivio Giuridico*, vol. 62, p. 551.

(3) Sur *nemo dixit* voir BESELER, *Beiträge z. Kritik d. röm. Rechtsquellen*, II, p. 119.

(4) *Paling*, II, p. 838, n. 4. Ulp. 1597.

(5) *Kr. V.-Schr.* 1912, p. 53 sq.

custodia. Nous croyons que ce texte est presque en entier interpolé. Les indices d'interpolation sont nombreux et particulièrement importants. D'abord notre texte est conçu dans ce style particulier à la chancellerie impériale dans lequel les phrases conditionnelles commençant par *si* s'opposent les unes aux autres (1). Toutes les fois qu'un texte est conçu dans ce style on peut dire sans erreur possible que Tribonien ne l'a pas laissé passer dans la compilation sans lui faire subir des modifications. — La première phrase est peut-être d'Ulpien, mais elle a dû être raccourcie : *ego, si post in diem additionem factam fundus precario (à qui ?) traditus sit, putem emptorem interdictum habere*. Le texte décide ensuite (abstraction faite de la distinction insupportable : *aut-aut* qui nous apporte deux nouvelles espèces, ne s'opposant pas l'une à l'autre, comme cela nous semble au premier abord, mais complétant *ulla traditio* (2) qu'avant la tradition l'interdit appartient au vendeur. Mais, au lieu de motiver cette décision, notre texte dit que le vendeur a l'interdit, quoique la chose (3) ne soit pas à son risque (4), et que le fait que la chose est au risque de l'acheteur « ne fasse pas beaucoup » (*sic*), et qu'enfin, tout de suite (5) après la conclusion du contrat, les risques sont pour l'acheteur. Il est clair que cette tri-

(1) EISELE, Z. S.-St. 1886, p. 18 sq. et APPLETON, *Des interpolations*, Thèse, Lyon, 1894, p. 39 sq.

(2) HAYMANN, Z. S.-St. 41, p. 122.

(3) L'espèce parlait de *fundus*. On retrouve là le penchant des Byzantins pour les règles abstraites, penchant opposé à celui des classiques, qui raisonnent toujours sur l'exemple pratique.

(4) *Ipsius* au lieu de *ejus*.

(5) Ce *statim* se trouve dans le § 3 Inst. III, 23 et y est employé dans le même cas.

ple réfutation de l'objection qu'on peut faire à la règle donnant au vendeur seul l'exercice de l'interdit avant la tradition (objection possible en se plaçant au point de vue du *periculum emptoris*, bien entendu), n'est pas une motivation pour un interprète. Ce n'est même pas heureux pour un législateur. On ne convainc pas la raison en répétant une ineptie. La répétition à tout propos d'un principe dans la compilation, et à plus forte raison dans un même fragment, comme c'est notre cas, n'est pas une preuve de sa classicité, mais au contraire doit nous mettre en garde (1). — S'il y a des débris classiques dans la deuxième phrase, elle a dû être conçue, comme le pense Schulz (2) de la façon suivante : « si vero nondum traditio facta est, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat ». Mais il a dû apparaître aux compilateurs que cette attribution exclusive de l'interdit au vendeur avant la tradition (3), pourrait faire penser qu'il doit aussi supporter les risques de la chose avant la tradition, puisque d'après le principe incontesté du droit classique l'interdit appartient à celui qui a intérêt à ce que la chose ne soit pas volée. Pour mieux cacher le principe *periculum est venditoris*, les compilateurs répètent trois fois le *periculum emptoris* ! C'est bien leur façon de travailler. Un autre indice d'interpolation très sûr se trouve donc dans notre texte : il raisonne pour, et conclut contre, comme par exemple la l. 10 Dig. 12, 1 ;

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 41, p. 123.

(2) Kr. Viert.-Schrift, 1912, p. 53.

(3) Contrà, HAYMANN Z. S.-St. 41, p. 123; n. 2 et les *loc. cit.* plus haut, p. 183, n. 1.

l. 1 § 4 Dig. 49, 8 ; l. 9 § 1 Dig. 23,3 ; l. 51 § 1 Dig. 46, 1 (1). Les compilateurs ne motivent pas, ou n'ont pas eu le temps d'aller au fond des choses ; ils sont des législateurs et ils disposent.

XI. — *La l. 14 pr. Dig. 47, 2.*

Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum.

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condemnationem et vendicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus ; id præstare eum emptori oportebit : quæ sententia vera est, et ita et Julianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem præstet.

Depuis longtemps on doute de la classicité de ce texte (2). Haymann (3) croit qu'il est en entier interpolé, et nous avons vu plus haut pourquoi (4). Nous ne reviendrons pas sur ce point de controverse ; pour nous, la première phrase est classique (*Eum — non habere*). Le reste est un produit byzantin. — Il est impossible qu'Ulpien invoque le témoignage de Celse et de Julien (ce qui prouve que le point était controversé,

(1) Sur cet indice d'interpolation, voir APPLETON, *Thèse citée*, pp. 181-185.

(2) V. déjà LUSIGNANI, *Custodia*, II, p. 31.

(3) HAYMANN, *Z. S.-St.* 40, pp. 302-303, Bd. 41, p. 124.

(4) P. 183, n. 1.

ou tout au moins n'était pas certain) et n'apporte pas un seul argument réel en faveur de sa sentence. — Dans la seconde phrase, *eum* désigne le vendeur, tandis que deux lignes plus haut il désignait l'acheteur ! En outre cet *eum* se trouve encore une fois dans cette même phrase. — *Oportebit*, deux fois dans la même phrase, rappelle bien qu'on lit un texte législatif et non pas un commentaire (1) — Au point de vue du fond, les développements de notre texte sont dépourvus de logique. L'attribution exclusive au profit du vendeur de l'exercice de l'*actio furti* avant la tradition ne peut nullement être motivée par le fait que c'est l'acheteur qui supporte les risques. Bien au contraire, on peut raisonner de la façon suivante : puisque le vendeur a seul l'exercice de l'*actio furti* avant la tradition, cela veut dire qu'il a seul, en général, intérêt à ce que la chose ne soit pas volée, c'est-à-dire que c'est lui qui en supporte les risques jusqu'à la tradition (2). Il est possible que le texte d'Ulpien fût conçu dans ce sens ; en tout cas ce raisonnement pour, avec la conclusion contre, est bien caractéristique des compilateurs. Nous pouvons donc conclure que la l. 14 pr. Dig. 47, 2 ne peut pas être invoquée en faveur de la classicité du principe *periculum est emptoris*.

(1) Sur *mandare eum*, etc. v. SCHULZ, Z. S.-St. 32, p. 72.

(2) Dans ce sens, ARNO, Arch. Giuridico, vol. 62, p. 547. — SCHULZ, Kr. V.-Schr. 1912, pp. 66-67. — HAYMANN, Z. S.-St. 40, p. 303, 41, p. 124.

XII. — *La l. 20, § 1 Dig. 19, 5.*

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Item apud Melam quæritur, si mulas tibi dero ut experiaris et, si placuissent, emereres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid præstares, deinde mulæ a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset præstandum, utrum pretium et merces, an merces tantum, et ait Mela interesse, utrum emptio jam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura merces petatur : sed non exprimit de actionibus. puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.

Primus a donné à l'essai pendant un certain temps des mulets à Secundus, en convenant avec lui que, si après l'expiration du délai les mulets lui plaisaient, ils lui seraient acquis contre une certaine somme ; que si au contraire ils lui déplaisaient, il payerait tant par jour à titre de location. Mais avant l'arrivée du terme où Secundus devait faire connaître sa décision, les mulets ont été volés. La question se pose de savoir quelle est la situation respective des parties. Jusque-là (*Item apud — præstandum*) le texte ne présente aucune incorrection ; par conséquent il est probablement classique. On s'attend à ce qu'il décide dans la suite que Secundus ne doit rien à Primus, puisqu'il n'a pas

eu le temps convenu pour essayer les mulets ; or, la prestation de ce temps est une obligation indivisible à la charge de Primus. Au lieu de cela nous trouvons dans la suite du texte des distinctions et des développements où pullulent les preuves que les compilateurs l'ont retouché.

Déjà Gradenwitz a prouvé (1) qu'à partir de *sed non exprimit de actionibus*, jusqu'à la fin, notre texte est interpolé. — *Exprimere* est employé comme s'il était intransitif. — L'indicatif *fuit* au lieu du subjonctif *fuerit* ; ensuite l'imparfait du subjonctif *esset* au lieu du parfait du subjonctif *fuerit*. — Passage de la forme active à la forme passive (*competere-dari*). — *Actio talis qualis*, pour désigner l'action qui sanctionne les contrats innommés ! — En ce qui concerne le fond, la gravité ridicule de *sed non exprimit de actionibus* est impossible pour un maître de la trempe d'Ulpien. Mela ne dit rien des actions pour une raison bien simple : il s'est déjà expliqué suffisamment là-dessus *implicite* en distinguant le *pretium* et la *merces* : dans le premier cas, le *tradens* poursuivra le recouvrement du prix (du point de vue byzantin, bien entendu), parce qu'il y a vente, et il le fera par l'*actio venditi* ; dans le deuxième cas, il poursuivra le paiement du loyer, parce qu'il y a louage, et il le fera par l'*actio locati*. La question des actions ne peut donc pas se poser, et il n'y a en aucun cas lieu à l'*actio talis qualis* (!) *adversus desultorem*.

Mais ce n'est pas seulement cette fin qui est inter-

(1) *Interpolationen in den Pandecten* (1887), p. 139. V, aussi DE FRANCISCI, *Synallagma*, I, p. 298 sq.

polée ; toute la partie du texte qui commence par *utrum pretium et merces* a été ajoutée par les compilateurs. Preuves : On se demande d'abord si Secundus devra le prix *et* le loyer, ou seulement le loyer. Il est pourtant évident que Secundus ne devra en aucun cas le prix *et* le loyer, et c'est pourquoi le texte se reprend dans la suite, et n'établit l'alternative qu'entre le prix d'un côté et le loyer de l'autre (*ut, si facta, pretium petatur, si futura (!), merces petatur*). — *Erat contracta* dans l'*oratio obliqua* au lieu de *esset contracta*.—*Si facta et si futura* sont sans sujet et sans verbe auxiliaire. — Les deux *petatur* qui se suivent de près. — Au point de vue du fond, remarquons que la suite du texte oublie que le vol a été commis *intra dies experimenti* et que, par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner si la vente est « parfaite » ; il y a encore moins lieu de nous dire que, pour savoir ce que doit payer Secundus, il faut rechercher si la vente était *facta, contracta, perfecta* ! Nous voyons ainsi que les compilateurs se soucient peu de ce que le texte dit dans son ensemble ; ils utilisent toute occasion pour nous apprendre leur principe : *perfecta emptione periculum ad emptorem pertinet* (1).

(1) HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 41, pp. 128-129.

XIII. — *La l. 14 Dig. 23, 3.*

Ulpianus libro trigesimo quarto ad edictum.

Si rem æstimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto.

Il ressort de ce texte *per argumentum a contrario*, que si la chose constituée en dot par la femme, et estimée, périt avant que la femme soit mise en demeure, cette perte doit être supportée par le mari, comme elle le serait par un acheteur, et que la femme a l'action en restitution de la valeur dotale détruite, lors de la dissolution du mariage. Mais, si c'est la signification incontestable de notre texte, et si c'est justement celle que les compilateurs veulent lui donner, ce texte ne prouve rien pour l'époque classique, car, quoique mis sous le pavillon d'Ulpien, il a été retouché par les commissaires de Justinien. Son interpolation saute aux yeux, et il n'est point besoin de faire des recherches minutieuses pour la prouver. Au point de vue de la forme, on peut remarquer que, pour donner au texte le sens que nous lui avons reconnu, il faut faire un effort de bonne volonté. En réalité, ce texte est incompréhensible parce que *desierit* n'a pas de sujet ; *ea* qui précède est un ablatif qui se rapporte à la femme (*ea moram faciente*), de sorte que notre texte signifie : Si la femme a donné en dot la chose estimée, et si ensuite, après la mise en demeure d'en effectuer la tradition, la femme cesse

d'exister *in rerum natura*, etc. C'est absurde (1). Quant au fond, on peut remarquer que notre texte contient une énormité : on nous dit d'abord que la femme a donné (*dederit*), donc livré, la chose estimée ; la suite du texte nous apprend que la femme s'est fait mettre en demeure de livrer la chose !! Une telle énormité étonne, même chez les Byzantins. Le texte des Basiliques ne la contredit pas (2) :

Si quidem mulier moram fecerit in traditione rei æstimatæ, eaque perierit, actionem de ea non habet.

Une scolie anonyme qui suit le texte le paraphrase de la façon suivante :

Si mulier rem æstimatam dotis nomine dederit, et post dationem in instrumento dotali factam moram in rei traditione fecerit, eaque corrupta sit aut aliter perierit ex stipulatu de ea agere non potest.

Il en ressort que les *Byzantins* donnent au mot *dederit* le sens de *promettre* ou *affecter* par le contrat de constitution de dot, ce qui vraiment n'est pas la terminologie classique. De même que c'est un Grec qui donne ce sens au mot *dederit* dans les Basiliques, c'est aussi un Grec qui lui a donné ce sens dans le Digeste (3).

(1) Comp. SCHULZ, *Kr. V.-Schr.* 1912, p. 51.

(2) (29, 1) 10, HEIMBACH, III, p. 360.

(3) HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, pp. 130-131.

XIV. — *La l. 15 Dig. 23, 3.*

Pomponius libro quarto decimo ad Sabinum.

Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert, ac si tradidisset, quia quod evenit emptoris periculo est.

Ce qui ressortait du texte précédent seulement *per argumentum a contrario*, est dit ici directement. Les deux lois doivent se compléter en disant la même chose sous deux formes différentes : au cas où la femme n'a pas été mise en demeure de faire la tradition de la chose estimée, le mari supportera les risques de cette chose, même avant la tradition. Mais ce texte aussi, est sans aucun doute interpolé ; en voici la preuve : le plus-que-parfait du subjonctif *stetisset* employé avec l'indicatif présent *aufert*. *Quod evenit* est impropre pour désigner le cas fortuit (1). En outre, on ne voit pas de quoi s'occupe notre texte : est-ce de la vente ou de la constitution de dot ? Comment peut-on, en parlant de la dot, désigner le mari simplement par le mot *emptor* ? On peut supposer que Pomponius s'occupait, dans son livre quatorze, *de jure dotium* (2). Il est probable qu'il avait décidé que le mari en demeure supporte les risques, comme le décide Paul dans la l. 5 Dig. 18, 6. Car c'est seulement alors qu'on peut comprendre pourquoi le texte dit que la femme peut exiger le montant de l'estimation, comme si elle

(1) C'est pourquoi MOMMSEN le remplace par *quod venit*. Là-dessus SCHULZ, *Kr. V.-Schr.* 1912, p 51, n. 58.

(2) LENEL, *Paling.* II, 117.

avait livré la chose. En tout cas, cette mention de la tradition est incompréhensible du point de vue du *periculum emptoris* et nous avons déjà vu quel argument on peut tirer en faveur du principe *periculum est venditoris* (1).

XV. — *La l. 34, § 6, Dig. 18, 1.*

Paulus libro trigensimo tertio ad edictum.

Si emptio ita facta fuerit : « est mihi emptus Stichus aut Pamphilus », in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est : et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. sed et si pariter decesserunt, pretium debetur : unus enim utique periculo emptoris vixit. idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet.

Haymann a prouvé (2) que ce texte est interpolé, de sorte qu'il ne pourra plus être invoqué en faveur du *periculum emptoris*. Nous allons résumer ses développements.

Notre texte ne contient qu'une interpolation, mais elle est importante ; elle va de *et ideo* jusqu'à *peri-*

(1) V. plus haut, p. 185. — SCHULZ, *Kr. V.-Schr.* 1912, p. 51. — HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, pp. 131-132.

(2) *Z. S.-St.* 41, 134 sq.

culo emptoris vixit (1). Au point de vue de la forme, on peut remarquer que *et ideo* introduit presque toujours une interpolation (2). Ensuite, la désignation par « premier » de l'esclave qui vit moins et par « second » de l'esclave qui survit, est illogique et étonnante de la part de Paul. Mais cette terminologie n'est pas de Paul, qui, dans la première phrase, désigne le soi-disant *posterior* par *qui superest*. Mais les indices de fond sont bien plus graves.

D'abord, la partie du texte ajoutée par les compilateurs s'occupe de toute autre chose que de la question examinée par Paul. Voyons l'exposé de l'espèce : une vente alternative est conclue ; vous m'avez vendu Stichus ou Pamphile, sans autre clause. Il faut en conclure, dit Paul, que c'est le vendeur qui a alors le droit de choisir l'esclave qu'il livrera ; mais si l'un des deux esclaves meurt, le vendeur sera obligé de livrer celui qui survit. Si, au contraire, les parties avaient convenu que l'acheteur aurait le droit de choisir, ce droit subsistera tant que les deux objets de vente alternative subsistent ; mais ce droit disparaîtra par la mort de l'un des deux esclaves : l'acheteur sera obligé de se contenter de l'esclave qui survit, et de payer le prix convenu pour cet esclave. C'est donc du droit de choix dans une vente alternative qu'il était question dans le texte original, et du sort de ce droit après la perte de l'un des deux objets sur lesquels il portait.

(1) Remarquons aussi que les mots *sicut in stipulationibus* ont probablement été ajoutés par un glossateur scolastique : leur sens abstrait, ainsi que la généralisation qu'ils énoncent, les mettent trop en opposition avec l'exemple concret de Paul.

(2) SECKEL, *Heumanns Handlexikon*, h. v.

Les compilateurs, sans se soucier du contexte, saisissent l'occasion, parce que le texte parle de la mort de l'esclave, donc de la perte fortuite de l'objet de la vente — pour exposer leur théorie des risques. De ce que le vendeur est obligé de livrer *qui superest*, ils déduisent (*et ideo* ?) que le risque du « premier » regarde le vendeur, et le risque du « second » l'acheteur. Mais cette déduction manque de logique. Le vendeur supporte le risque, non pas *parce qu'après la mort du « premier », il doit livrer le « second »* à l'acheteur, mais *parce qu'à la suite de cette mort, il perd une partie de son patrimoine*, sans avoir le droit de réclamer une indemnité à l'acheteur. Il supporterait ce risque même s'il pouvait garder l'esclave qui survit, puisqu'il ne pourrait pas non plus alors exiger une indemnité de l'acheteur.

Une autre preuve d'interpolation se trouve dans le fait que les développements introduits par *et ideo* s'occupent d'une nouvelle espèce, et qui sort des limites de la discussion tracées par la question précise de Paul. Le classique s'occupait uniquement de l'obligation du vendeur de livrer à l'acheteur l'esclave qui survit, après la mort de l'un des deux esclaves vendus alternativement. Le passage *periculum posterioris ad emptorem respicit* nous parle de la libération du vendeur et de l'obligation de l'acheteur de payer le prix. Le même mot *periculum* signifie, dans la même phrase, la perte pour le vendeur d'une partie de son patrimoine, la libération de ce même vendeur et l'obligation de l'acheteur de payer le prix !!! Pour comble, cette dernière signification du mot *periculum* ressort

seulement indirectement de ce qui est dit à propos d'une nouvelle (troisième) espèce : si les deux esclaves meurent en même temps, le prix sera dû !!

Mais, comme l'a bien remarqué M. Haymann (1), cet emploi du mot *periculum* dans ce dernier sens, comme si c'était un terme technique, est caractéristique des compilateurs. Il faut aussi remarquer que dans tous les textes de leur fabrication ce mot est, comme ici d'ailleurs, expliqué seulement à la fin (2).

On a dit autrefois (3) que ce texte est très clair et d'accord avec la théorie : *periculum est emptoris*. Aujourd'hui, on est obligé de reconnaître que ce texte est en désaccord avec la théorie byzantine de l'*emptio perfecta* (4). En effet, le texte décide que si les deux esclaves meurent en même temps, le prix sera dû par l'acheteur. Or, avant l'exercice du droit de choix, ou plus généralement avant la détermination par les parties de l'objet de la vente, *id quod venierit non apparet quid quale quantum est* ; la vente est donc imparfaite, et les risques, même du point de vue du *periculum emptoris*, doivent rester à la charge du vendeur. Le texte ajoute, pour justifier sa solution : *unus enim utique periculo emptoris vixit*, c'est-à-dire, l'acheteur doit payer le prix, parce qu'en cas de perte simultanée, périt aussi l'objet qui aurait été choisi et mis aux risques de l'acheteur. Mais que fait-on de la l. 35 §§ 5-7 Dig. 18, 1 ? Il y est dit que la vente *ad*

(1) Z. S.-St. 41, p. 136.

(2) La l. 8 pr. Dig. 18, 6 ; l. 35 §§ 5-7 Dig. 18, 1 ; tit. 48, lib. 4 Cod.

(3) Entre autres voir RABEL, *Grundzüge*, p. 483.

(4) V. p. ex. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, Z. S.-St. 42, p. 546.

mensuram d'un objet entier, donc objectivement déterminé, est imparfaite jusqu'à ce que les parties soient fixées par le mesurage sur la contenance de cet objet; les risques sont pour le vendeur, de même qu'en cas de vente d'une quantité à prendre sur une masse déterminée. Ici aussi la partie qui aurait été prise sur le tout et ainsi mise aux risques de l'acheteur, périt avec le tout, mais c'est néanmoins le vendeur qui supporte les risques. Pourquoi en serait-il différemment en cas de vente alternative, si les deux objets périssent avant l'exercice du droit de choix ? La solution contraire est injuste et non conforme à la l. 8 pr. Dig. 18, 6. Mais il ne faut pas demander aux Byzantins d'être logiques. Ce qui leur importe, c'est de changer la théorie des risques ; ils croient y arriver en répétant à tout propos leur *periculum emptoris*, et cela même dans les cas où, d'après leur théorie propre, le risque est pour le vendeur.

Ajoutons, enfin, que l'origine byzantine de *unus enim utique periculo emptoris vixit* ressort encore mieux, si l'on suppose que des prix différents ont été fixés pour Stichus et pour Pamphile. Une telle vente reste toujours alternative, malgré la contestation de quelques auteurs (1). Si, par exemple, l'acheteur devait payer 100 pour Stichus et 200 pour Pamphile, à quelle somme est-il obligé en cas de mort simultanée des deux esclaves ? Le texte ne nous donne aucune solution et on ne peut rien tirer de *unus enim utique*

(1) Contra BECHMANN, *Kauf*, II, p. 466, n. 3. En faveur de cette opinion, LITTEN, *Wahlschuld*, p. 105. V. en outre HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, p. 137 et n. 1.

periculo emptoris vixit. Si le problème des risques s'était posé pour Paul, celui-ci n'aurait pas manqué de nous fixer sur ce point. Mais, en réalité, comme nous le savons, notre classique ne s'occupait que du droit de choix dans la vente alternative, et de son sort après la perte de l'une des deux choses sur lesquelles il portait. S'il s'était occupé de la question des risques, il aurait dit qu'en cas de mort de Stichus, l'acheteur doit payer le prix de Pamphile (200) (après sa livraison, bien entendu), et qu'en cas de mort simultanée ou successive des deux esclaves, l'acheteur ne doit rien payer.

Concluons : malgré son aspect clair, notre texte est fort embrouillé et contradictoire. Ces contradictions sont d'origine byzantine. Cette constatation suffit pour dénier à notre texte toute valeur de preuve dans la discussion sur la théorie des risques en droit romain classique.

XVI. — *La l. 11 pr. Dig. 21, 2*

Paulus libro sexto responsorum.

Lucius Titius prædia in Germania trans Remum emit et partem pretii intulit : cum in residuum quantitatem heres emptoris conveniretur quæstionem rettulit dicens has possessiones ex præcepto principali partim distractas, partim veteranis in præmia adsignatas ; quæro, an hujus rei periculum ad venditorem pertinere possit. Paulus respondit futuros casus evictionis post

contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea que proponuntur pretium prædiorum peti posse.

Ce texte contient, sans aucun doute, le principe *periculum est emptoris*. Il décide que, dès avant la tradition, les risques sont pour l'acheteur (1), qui doit payer le prix malgré la perte de la chose. Tout ce qui arrive à la chose après la conclusion du contrat ne regarde pas le vendeur. Seulement, ce n'est pas Paul qui a donné cette solution. Le texte original de ce jurisconsulte a été remanié par les compilateurs. Ils ont mis *futuros casus evictionis post contractam emptionem*, à la place de ce qu'avait écrit Paul « *id quod post traditionem accidisset* » ; ils ont, en outre, supprimé, au commencement du texte, la mention que la tradition était effectuée. Reprenons ces deux points.

D'abord, comme le remarque Schulz (2), une expropriation n'est pas une éviction. En outre, comment peut-on parler d'une éviction avant la tradition ? *Futuros casus evictionis* est un non-sens. *Futuros*, comme *post contractam emptionem*, doit se rapporter à la cause de l'expropriation (3) ; mais, à côté de *post*

(1) Contrà ARNÔ, *La teorica*, p. 45 ; HARTMANN, *Jherings Jahrb. f. d. Dogm.* Bd. 22, p. 455 ; BECHMANN, *Kauf*, III, 1, p. 166 ; MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, § 28, p. 336, n. 10. Tous ces auteurs enseignent, après CUIJAS (*Opera*, I, 1480 ; VI, 542), que la tradition a déjà eu lieu. Mais si dans l'espèce examinée par PAUL se trouvait la mention de la tradition, on est bien obligé de reconnaître qu'il n'en est pas ainsi dans le texte, tel que les Byzantins nous l'ont transmis.

(2) *Kr. V.-Schr.* 1912, p. 50.

(3) On ne voit pas bien si *post contractam emptionem* vise le *casus*, on se rapporte à *pertinere*. HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, p. 141.

contractam emptionem, ce *futuros* est inutile. Quoi qu'il en soit, par ces mots, les compilateurs veulent nous dire que le vendeur ne répond pas pour les cas d'éviction qui ont leur cause dans un fait survenu seulement après la conclusion du contrat. Mais le texte ne dit pas cela ; il dit simplement « les cas futurs d'éviction ». Or, comme on l'a remarqué (1), après la conclusion du contrat, tous les cas d'éviction sont futurs !

Futuros . . non pertinere nous apprend que l'acheteur ne peut pas poursuivre le vendeur par l'*actio empti* à l'effet de le faire condamner jusqu'à concurrence du montant de l'intérêt qu'il avait à ce que la chose lui fût livrée. Cette décision est conforme à la l. 33 Dig. 19, 2 qui contient, comme nous le savons, la théorie classique des risques.

Mais le texte poursuit avec *et ideo*, qui introduit très souvent une interpolation (2), que *secundum ea (?) quæ proponuntur pretium prædiorum peti posse*. Or, cette déduction est impossible. Si le vendeur est dans l'impossibilité de livrer la chose, les classiques distinguent suivant qu'il est en faute ou non, pour savoir s'il aura à indemniser l'acheteur de son intérêt, ou s'il n'aura qu'à lui rendre le prix (3). Il ne leur vient jamais à l'idée de décider que, parce qu'il ne devra pas indemniser l'acheteur de son intérêt, le vendeur, qui n'est pas en faute, pourra réclamer à l'acheteur le montant du prix. Ce serait une monstruosité dont sont capables seulement les compi-

(1) SCHULZ, *loc. cit.*

(2) V. plus haut, p. 267, n. 2.

(3) JULIEN l. 33 Dig. 19, 2 ; l. 11 § 18 Dig. 19, 1.

lateurs, qui mélangent la question de la responsabilité du vendeur avec la question des risques, et en font dépendre la solution de la faute du vendeur (1).

Il faut donc supprimer les mots *futuros casus evictionis* et les remplacer par *id quod post traditionem accidisset*.

En outre, les compilateurs ont supprimé, au commencement du texte, la mention que la tradition a été effectuée. En effet, Paul n'a pas pu omettre de s'expliquer sur ce point, d'autant plus qu'il mentionne un détail de beaucoup moins important, notamment qu'une partie du prix a été payée. On peut même conclure de la réponse de l'héritier poursuivi, que la tradition a eu lieu. Car, s'il en avait été autrement, l'héritier de l'acheteur n'aurait eu qu'à dire qu'il ne veut pas payer, puisque la tradition n'a pas eu lieu ; au vendeur alors d'expliquer pourquoi (2). En outre, la décision de Paul suppose l'accomplissement de la tradition. Sans cela, à quoi se rapporteraient les mots *secundum ea quæ proponuntur* (*proponerentur*, Haymann) ? (3)

Ainsi épuré, le texte de Paul contient une preuve en faveur du principe *periculum est venditoris*. Pour cacher le principe classique, les compilateurs ont maladroitement interpolé notre texte, et affirmé que les risques sont pour l'acheteur.

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 41, p. 142.

(2) HAYMANN, Z. S.-St. 41, p. 140.

(3) SCHULZ, *loc. cit.*

XVII. — *La c. 1 Cod, 4, 48.*

Imp. Alexander A. Juliae Secundinae.

Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quod rei venditæ contingit, ad emptorem pertinet. Auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quæ ex precedente tempore causam evictionis parant, et ita, si ei denuntiatur, ut causæ agendæ adesset, et non absente emptore contra eum pronuntiatum est. (a. 223.)

Cette constitution est gravement interpolée. Au point de vue de la forme, relevons *ex his tantum CAUSIS suo ordine tenetur, quæ ex precedente tempore CAUSAM evictionis parant*. *Ei* désigne le vendeur, et, tout de suite après, *eum* doit se rapporter à l'acheteur. Remarquons aussi la ressemblance de ces *causæ quæ ex precedente tempore causam evictionis parant* avec *futuri casus evictionis* de la l. 11 pr. Dig. 21, 2.

Au point de vue du fond, remarquons que notre texte est un rescrit, donc une réponse faite par l'empereur sur un point de droit à des magistrats ou à des particuliers (1). Il y a un parallèle complet entre un rescrit de l'empereur et un *responsum* d'un prudent : tous les deux contiennent un énoncé de l'espèce, une question et une décision motivées ou non. Or ce qui frappe dans notre texte, c'est l'absence de

(1) GIRARD, *Manuel* (6^e éd.), p. 59.

l'espèce et sa forme abstraite (1). Il commence par nous donner un principe : *post perfectam emptionem omne commodum et incommodum ad emptorem pertinet* ; ce n'est que dans la deuxième phrase que se trouvent quelques indices de l'espèce. Nous y apprenons que l'*incommodum* de la première phrase se rapporte à une éviction dont les causes n'existaient pas avant la vente (*ex precedente tempore* !!), mais ont surgi seulement *post perfectam venditionem*.

Remarquons enfin que, malgré les nombreuses significations qu'avait le mot *periculum* en droit romain, ce mot ne nous est pas expliqué dans notre texte ; tout comme dans la l. 8 pr. Dig. 18, 6 et la l. 35 §§ 5-7 Dig. 18, 1, c'est seulement à la fin de notre titre que les mots *solutionem emptor pretii non recte recusat* nous fixent sur sa signification.

XVIII. — *La c. 4 Cod. 4, 48*

Imp. Gordianus A. Silvestro militi.

Cum inter emptorem et venditorem contractu sine scriptis initio de pretio convenit moraque venditoris in traditione non intercessit, periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit. (a. 239.)

La réponse de l'empereur Gordien au soldat Silvestre n'a pas passé intacte entre les mains des compilateurs. Ce qui le prouve, sans laisser subsister aucun doute, ce sont les mots *contractu sine scriptis*

(1) Comp. la c. 2 § 2 Cod. 4, 48 et plus haut, p. 248.

initio. Comme l'a déjà remarqué Accurse, une distinction qui a été créée seulement par Justinien n'a pas pu être connue de Gordien. Cette remarque suffit pour enlever à notre texte toute valeur probante contre la classicité du *periculum venditoris*. Quant au reste du texte, Arnò (1) croit que le texte primitif portait la mention de l'accomplissement de la tradition ; les compilateurs auraient supprimé, comme dans la l. 11 pr. Dig. 21, 2, cette mention inutile de leur point de vue et l'auraient remplacée par *moraque venditoris in traditione non intercessit*. Nous croyons plutôt que les mots : *moraque-intercessit* se trouvaient dans le texte primitif ; ils doivent signifier que l'accomplissement de la tradition a été empêché par l'acheteur (2). Cette seconde hypothèse est très vraisemblable, car nombreux sont les textes classiques qui, pour dire que le créancier a été mis en demeure, disent que le débiteur ne l'a pas été. L. 105 Dig. 45, 1 :

Javolenus libro secundo epistularum.

Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari : cum Damam dares, ego *quo minus acciperem, in mora fui* : mortuus est Dama : an putes me ex stipulatu actionem habere ? respondit : secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse : nam is recte existimabat, *si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret*, continuo eum debito liberari.

(1) *Archivio Giuridico*, vol. 65 (1900).

(2) HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, 145.

Donc, pour dire que le créancier a été mis en demeure, Javolenus se sert indifféremment de deux tournures : *ego* (créancier) *quo minus acciperem, in mora fui* et *si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret*. Cette tournure se rencontre dans plusieurs textes. Proculus (l. 36 Dig. 2, 14), pour dire que le créancier est en demeure, dit : *per te* (débiteur) *non staret quominus traderes*. Dans le même sens, Paul (l. 20 § 3 Dig. 40, 7) : *quia non staret per eum (statuliber) quominus daret*, et Septime Sévère et Caracalla (l. 19 § 9 Dig. 19,2) : *cum per te (exceptor) non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilæ solveres*. On est donc fondé à croire que la phrase *moraque-intercessit* de notre texte, désigne la demeure de l'acheteur ; dans ce cas, le *periculum emptoris* devait être appliqué d'après la théorie classique (1).

XIX. — *La c. 6 Cod. 4, 48*

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC.
Aurelio Cyrillo.

Mortis casus ancillæ distractæ etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam non ad venditorem, sed ad emptorem pertinet, et hac non ex præterito vitio rebus humanis exempta solutionem emptor pretii non recte recusat. (a. 294.)

(1) HAYMANN, Z. S.-St. Bd. 41, p. 146. Comp. l. 15 Dig. 23, 3 ; l. 5 Dig. 18, 6.

Arnò (1) croit que ce texte est interpolé, mais son opinion manque de preuves. Elle a pour base la différence de date existant entre notre texte et la const. 16 Cod. 4, 49, que P. Krüger croit avoir formé avec notre texte un seul et même fragment. Il est difficile de se prononcer sur ce point. En tout cas, si notre texte est interpolé, les mots *etiam ante traditionem* sont parfaitement inutiles du point de vue du *periculum emptoris*.

M. Haymann (2) croit que notre texte est pur, et qu'il contient la théorie classique des risques. En effet, il décide que l'acheteur supporte les risques de la chose vendue réalisés *même avant* la tradition sans la demeure du vendeur. *Sine mora venditoris* doit être compris comme se rapportant à la demeure de l'acheteur (3).

On doit conclure de là que normalement, sans la demeure de l'acheteur, les risques restent à la charge du vendeur jusqu'à la tradition. Ainsi, avec la const. 2 § 1 h. t.; la l. 15 Dig. 23, 3 ; l. 15, § 1, i. f. ; l. 1 § 2 Dig. 18, 6 et les autres textes que nous avons cités plus haut (4), notre texte apporte plutôt un argument en faveur du *periculum venditoris*, qu'une preuve pour le *periculum emptoris*.

(1) *La costituzione ultima de Codice « De peric. et comm. rei vend. »* in *Studi in onore di Biagio Brugi*, p. 154 sq.

(2) *Z. S.-St.* 41, 146. — SCHULZ, *Kr. V.-Schr.* 1912, p. 49.

(3) V. le texte précédent.

(4) Chapitre II, § 5.

XX. — *La c. 5 Cod. 4, 48*

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio
Leontio.

Cum speciem venditam per violentiam ignis
absumptam dicas, si venditionem nulla condicio
suspenderat, amissæ rei periculum te non ad-
stringit. PP. III non. Nov. Atubino Diocletiano A.
II et Aristobulo consss.

Ce texte a été sûrement remanié par les compila-
teurs, comme il ressort des débris de la version qui
nous en a été donnée par les Fragments de Vatican,
23 :

Dioclet..... Aurel.....
.....lentia ignis, qui nunc per poc.....tam
dicas, si vendition.....
.....te non adstringet. Proposita III

Le Code dit *adstringit*, au lieu du futur *adstringet*.
La phrase *qui nunc* ne se trouve pas dans le Code.
Suspenderat ne s'accorde pas avec le futur *adstringet*,
ce qui nous incite à douter de la version contenue
dans le Code entre *vendition* et *te*. En outre, pourquoi
cette mention scolastique de l'absence de la condi-
tion ? La question posée parle tout simplement d'une
chose vendue. Le texte du Code ne peut donc pas être
invoqué en faveur de la classicité du principe *peri-
culum est emptoris* (1).

(1) Contra SCHULZ, *art. cit.*, p. 46 sq.

XXI. — *Le § 3 Inst. III, 23*

Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ aut aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit : emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptorem commodum pertinet : nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

Nous connaissons déjà ce texte, et nous savons comment il faut comprendre l'insistance avec laquelle les rédacteurs des Institutes répètent le *periculum emptoris* : le droit classique laissait les risques à la charge du vendeur jusqu'à la tradition, et Justinien, ayant déjà consacré dans le Digeste le *periculum emptoris* en interpolant les textes classiques, souligne avec acharnement dans les Institutes, le principe : *perfecta*

(1) V. plus haut, Chapitre II, § 5.

emptio periculum rei venditæ ad emptorem pertinet. La répétition que le moment de la tradition est sans importance dans la question des risques, doit confirmer notre impression qu'avant Justinien les risques restaient à la charge du vendeur jusqu'à la tradition.

Nous n'aurions donc pas à revenir sur ce texte, s'il était en entier l'œuvre des compilateurs ; son utilité pour nos recherches serait épuisée par l'observation précédente. Mais il n'en est rien. Comme on le sait, les Institutes de Justinien sont un ouvrage composé de la même façon que le Digeste, c'est-à-dire à l'aide des extraits faits dans les ouvrages classiques, que les compilateurs ont modifiés au besoin, et auxquels ils ont fait des adjonctions jugées indispensables (1). Notre texte paraît avoir été extrait des *Res cottidianæ de Gaius* ; seulement, le texte original a été remanié, comme tout le monde l'admet (2). Toutefois, on n'est pas d'accord sur l'étendue des remaniements, ni sur leur portée.

Ferrini croit que le commencement de notre texte, à partir de *cum* jusqu'à *convenerit* est sûrement classique, puisque cette même phrase se trouve dans un autre texte de Gaius, tiré de son commentaire sur l'édit provincial, et qui forme la l. 35 § 5 Dig. 18, 1 (3).

(1) FERRINI, *Sulle Fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Bullettino dell' Ist. D. R.*, vol. 13 (1900), p. 102. V. aussi FERRINI, *Sulle Fonti delle Ist. in Memoria dell' Istit. lombardo*, vol. 18 (1891), p. 161.

(2) FERRINI, *Bullettino*, vol. 13 (1900), p. 179. — SCHULZ, *Activelegitimation zur a. furti im klass. röm. Recht*, in *Z. S.-St.* Bd. 32 (1911), p. 75, et *Kr. V.-Schr.* 1912, p. 58 et 70. — ARNO, *Archivio Giuridico*, vol. 62, p. 540 sq. — HAYMANN, *Z. S.-St.* 40, 317 et Bd. 41, p. 149 sq. — RABEL, *Z. S.-St.* 42, pp. 556-557.

(3) FERRINI, *loc. cit.*

Or nous avons vu précédemment que ce texte a été gravement interpolé par les compilateurs, justement pour mettre sous la plume de Gaius la théorie qu'ils exposent sommairement dans notre paragraphe des Institutes ! Il faut d'ailleurs reconnaître que *simulaturque de pretio convenerit* de notre texte rappelle *cum de pretio convenerit* des Institutes de Gaius, III, 139. Mais, comme on l'a observé (1), « Gaius ne sait rien de l'*emptio perfecta* ni du *periculum emptoris* ; il recherche dans ce passage seulement les conditions de validité de la conclusion du contrat, et constate, comme dans les Inst. III, 142, et les *Res cottidianæ* (l. 2 Dig. 19, 2), que les mêmes règles valent pour la conclusion du contrat de louage et du contrat de vente, sans dire le moins du monde que ce *contrahi emptionem* a, dans la vente, en ce qui concerne la théorie des risques, des conséquences bien plus étendues que dans le louage ». *Cum sine scriptura res agitur* n'est sûrement pas classique, puisque c'est seulement Justinien qui a établi la distinction de la *venditio cum scriptura* de la *venditio sine scriptura*. *Periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet* est aussi suspect. *Statim* est superflu et, comme l'a remarqué Arnò (2), il se retrouve, employé dans le même but, dans la l. 11, § 12 Dig. 43, 24, dont l'interpolation ne fait plus de doute. *Tametsi-non sit* est, comme nous l'avons déjà observé, inutile du point de vue du *periculum emptoris*. Quant à la phrase *itaque-pretium solvere*, qui nous donne de nombreux exemples de force majeure, elle est

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 41, 149.

(2) Archivio Giuridico, vol. 62, p. 551, n. 3.

peut-être d'origine classique. Dans ce cas, elle a dû, d'après Haymann (1), être précédée par quelque chose comme *re vendita et tradita periculum ad emptorem pertinet, tametsi ea res emptoris facta non sit*. Seulement, à la place de *rem*, dans la phrase *licet rem non fuerit nactus*, il faudrait mettre *dominium rei*, ou ajouter *jure civili*, à côté de *rem*. Nous savons, en effet que, d'après le droit classique, l'acquisition par l'acheteur de la détention suffit pour faire passer les risques à sa charge (2).

La théorie de la responsabilité, qui se trouve dans la phrase *quidquid-securus est* est d'origine byzantine (3). Toutefois, *securus* est probablement de Gaius, puisqu'il se rencontre très souvent dans ses Institutes. D'après son contexte, dans notre paragraphe, il signifie qu'après l'arrivée d'un cas fortuit, sans la faute du vendeur, l'acheteur, non seulement n'a pas d'action en indemnité, mais reste, en outre, tenu de payer le prix. Or, d'un autre fragment de Gaius, tiré de son commentaire sur l'édit provincial (l. 35, § 4 Dig. 18,1), on peut conclure sans hésiter, que le sens que Gaius donnait à ces mots « *securus est* » n'est pas celui que lui donnent les compilateurs. Gaius veut dire par là que le vendeur est libéré de toute obligation d'indemniser l'acheteur du dommage qui a pu lui être causé par la perte de la chose, arrivée sans la faute du vendeur, sans s'occuper de la question des risques qui

(1) Z. S.-St. 41, 149.

(2) HAYMANN, Z. S.-St. 41, pp. 123, 149-150. V. aussi plus haut, p. 190, et la l. 17 Dig. 18, 6.

(3) HAYMANN, Z. S.-St. 40, 257.

dépend uniquement de la tradition. Les classiques distinguaient donc soigneusement la question des risques de la question de la responsabilité du vendeur. Les compilateurs, au contraire, confondent ces deux questions et décident que, *puisque* (?) le vendeur ne devra pas indemniser l'acheteur, celui-ci sera obligé de payer le prix !! (1). Nous ne pouvons pas nous prononcer sur la question de savoir si la dernière phrase *sed et si-periculum est*, a été prise ou non dans un ouvrage classique. Si la première hypothèse est exacte — ce qui est douteux pour nous — la phrase devait porter dans l'original : *fundo tradito*, et non simplement *fundo*, comme l'observe Haymann, en invoquant en faveur de son hypothèse la fameuse l. 64 pr. Dig, 21, 2 (2).

Papinianus libro septimo quæstionum.

Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit. si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta præstabitur : nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit. si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit ; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis si res melior fuerit effecta.

(1) V. plus haut, à propos de la l. 11 pr. Dig. 21, 2, p. 273, et HAYMANN, Z. S.-St. 41, pp. 136, 141, 142. — Cette confusion de la question de la *custodia rei* avec le *periculum rei* a été aperçue d'abord par ARNO, *Archivio Giuridico*, vol. 62, p. 543 sq.

(2) Z. S.-St. 41, p. 150 sq. Sur ce texte voir VANGEROW, *Lehrbuch der Pand.* (1876), Bd. III, § 610, p. 310 sq. et les auteurs cités par lui.

Ce texte s'occupe de la question de savoir, quelle est l'influence exercée par une détérioration ou une destruction, un accroissement ou une amélioration de la chose vendue, arrivés *après la tradition*, sur l'étendue de la responsabilité du vendeur pour cause d'éviction. Il contient deux solutions qui nous intéressent.

Il y est dit d'abord, que la perte fortuite de 200 *jugera*, arrivée après la tradition de 1.000 *jugera*, n'exerce aucune influence sur l'étendue de la responsabilité du vendeur pour cause d'éviction d'autres 200 *jugera pro indiviso* : l'acheteur ne pourra agir à titre d'éviction contre le vendeur que pour être indemnisé du cinquième de la chose vendue et livrée, et non du quart. Il est évident que cette mention de la livraison est incompréhensible du point de vue de la compilation et de la théorie de l'*emptio perfecta* : que la perte partielle arrive avant ou après la tradition, elle doit, d'après la théorie de la compilation, être supportée par l'acheteur, qui ne peut agir à titre d'éviction que pour être indemnisé de ce dont il a été réellement évincé. Mais cette mention de la tradition était nécessaire, et est compréhensible, si on se place au point de vue de la théorie classique des risques. Car si la perte fortuite de 200 *jugera* était arrivée avant la tradition, c'est le vendeur qui l'aurait supportée, et l'acheteur n'aurait eu qu'à payer le prix des 800 *jugera* livrés ; le problème posé par une éviction de 200 *jugera* n'aurait pas, dans ce cas, été difficile à résoudre, ni digne d'un classique : l'acheteur agirait pour être indemnisé d'un quart du fonds *livré*,

— puisque les risques, jusqu'à la tradition, sont pour le vendeur — et non pas du quart du fonds vendu.

En second lieu (1), il y est dit que si, après la tradition, la chose est détériorée, la responsabilité du vendeur, en cas d'une éviction totale, n'est pas diminuée. Cela veut dire que, dans le droit classique, le vendeur avait droit d'exiger la totalité du prix, si la détérioration de la chose vendue était arrivée seulement après la tradition ; dans le cas contraire, son droit au prix devait être diminué, dans la même proportion que sa responsabilité, pour cause d'éviction. Notre texte est donc contraire au principe *periculum est emptoris*, et consacre implicitement le principe *periculum est venditoris*.

Il ressort de cet examen de la l. 64 pr. Dig. 21, 1 que, si la dernière phrase du paragraphe 3, Inst. III, 23 a été prise dans un texte classique, ce texte a dû mentionner que la tradition du fonds vendu a été effectuée.

(1) HAYMANN, Z. S.-St. 41, 152.

CHAPITRE IV

L'origine de la règle « *Periculum est emptoris* »

Puisque le droit classique, comme nous l'avons vu, ne faisait passer les risques à l'acheteur qu'avec la tradition de la chose vendue, à quelle influence les compilateurs ont-ils obéi pour décider que les risques passent à l'acheteur avec la « perfection » de la vente ? Les résultats des travaux entrepris de notre temps sur le droit grec et la confection de la compilation de Justinien ne laissent aucun doute sur cette question : les compilateurs ont emprunté la règle *periculum est emptoris* au droit grec, qui ne connaissait pas la vente consensuelle génératrice des obligations. Le droit grec ne connaissait qu'une vente réelle, ne devenant « parfaite » que par le paiement du prix qui faisait

passer la propriété à l'acheteur (1) , indépendamment de la tradition ; la règle *periculum est emptoris* y était à sa place, puisqu'elle aboutissait, en définitive, à faire peser la charge des risques sur le propriétaire.

On a soutenu, il est vrai, que la vente se formait *solo consensu* dans le droit grec (2) ; dès que les parties se sont accordées sur la chose et le prix, la vente serait conclue, et elle imposerait des obligations aux contractants, indépendamment de l'accomplissement de toute autre formalité. Cette théorie est erronée, et ne s'appuie sur aucun argument solide. Le texte le plus clair, relatif à la question, lui est contraire. En

(1) PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld* (1916), p. 82. — Contrairement à l'affirmation que le *periculum emptoris* est un principe universellement appliqué (KÖHLER, *Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft*, Bd. 3, p. 192), l'étude comparative des droits anciens nous conduit à la conclusion contraire. Comme le droit grec, la plupart des droits anciens ne connaissent que la vente réelle, où la question des risques ne se pose pas, ou, si l'on veut, les risques sont pour le propriétaire. — Pour le droit égyptien v. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomatie der Papyrskunde*, Bd. II, 1, pp. 166 et 171. BRY, *Essai sur la vente dans les papyrus gréco-égyptiens*, Thèse, Aix, 1909, pp. 17, 44 sq. 101, 119. REVILLOUT, *Précis du droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité* (1903), pp. 238 sq. 277, 333. — Pour le droit babylonien v. A. MANICK, *Zur Bedeutung der assyrisch-babylonischen Rechtsurkunden*, Z. S.-St. Bd. 27, p. 405, où l'on trouvera la bibliographie. V. aussi HAYMANN, Z. S.-St. 41, p. 173, n. 1. — Pour le droit germanique, STOBEE, *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts*, p. 277 sq. V. aussi HAYMANN, *art. cit.*, p. 176, n. 4. RABEL, Z. S.-St. 42, p. 558 sq. — Pour le droit serbo-croate voir *Monumenta historico-juridica Slavorum meridionalium*, vol. IV, pp. 105, 122, 135, 139, 154, etc. V. aussi PERETZ, *Histoire de la vente en droit roumain*, Thèse, Paris, 1904, p. 118 sq. — Pour le droit hongrois, FEJÉR, *Codex diplomaticum*, IV, 1, 146 et III, 2, 413 et PERETZ, *op. cit.*, pp. 159-161. — Pour le droit roumain, PERETZ, *op. cit.*, p. 220 sq. — Le droit coutumier hindou connaissait la vente consensuelle génératrice des obligations. Mais malgré la thèse contraire de Kohler (*art. cit.* p. 189 sq.) et de Schulz (*Zeitschrift. Vergl. Rechtswissenschaft*, Bd. 25, p. 477-478) le droit hindou ne faisait passer les risques à l'acheteur qu'avec la tradition (discussion et bibliographie chez Haymann Z. S.-St. 41, pp. 178 sq. 185).

(2) BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, IV, 105. — CAILLEMER, *Le contrat de vente à Athènes*, *Revue de légis.*, 1870-1871, pp. 632-635.

effet, un fragment du *Traité des Lois* de Théophraste (1), dit que la vente n'est parfaite, en ce qui concerne le transfert de la propriété, qu'après le paiement du prix et l'accomplissement des formalités de publicité. Qu'est-ce à dire, sinon que les Grecs ne connaissaient pas la vente consensuelle ? Ils connaissent une vente qui ne produisait d'effets juridiques qu'après le paiement du prix. Mais aussitôt que l'acheteur avait payé, la propriété lui était transférée, indépendamment de la tradition. Donc, pas de vente avant le paiement du prix par l'acheteur, transfert immédiat de la propriété, au moins *inter partes* (2), par l'effet du paiement et indépendamment de la tradition, voilà les traits caractéristiques de la vente à Athènes.

Dans ces conditions, la question des risques était fort simple et, à vrai dire, une théorie indépendante des risques n'existait pas en droit grec. La chose a-t-elle péri après la conclusion du contrat, c'est-à-dire après le paiement du prix et avant la livraison, c'est pour l'acheteur qu'elle a péri, parce qu'il en est propriétaire. Quoi de plus naturel et de plus juste ? La chose est aux risques du propriétaire : *res perit domino*. Quant au vendeur, la question de l'influence de cette perte sur son action en réclamation du prix, qui se posait en droit romain, ne pouvait pas se poser ici, puisque la vente n'était conclue, parfaite, que lorsqu'il avait reçu le montant intégral du prix. Il n'avait

(1) Rapporté par STOBÉE, *Florilegium*, XLIV, 22, § 4 (cité par BEAUCHET, *op. cit.* III, 120).

(2) BEAUCHET, III, 115 sq. et IV, 118.

donc rien à réclamer ; il gardait le prix qu'il avait acquis à la place de la chose *aliénée* (1).

L'usage de la dation des arrhes était assez répandu à Athènes. Quelle en était la fonction ? Une vente avec les arrhes est-elle parfaite, ou n'arrive-t-elle à sa perfection qu'avec le paiement du reste du prix ? La dation des arrhes ne joue à Athènes que le rôle d'un moyen de dédit. L'acheteur, qui ne voulait pas exécuter son obligation, risquait simplement de perdre le montant des arrhes (2).

La vente ne devenant pas parfaite par la dation des arrhes, le vendeur, qui n'avait touché qu'une portion du prix à titre d'arrhes avant la perte de la chose, ne pouvait pas agir en paiement du reste. On a même essayé de prouver que le vendeur devait restituer à l'acheteur le montant des arrhes, si la chose périssait, même sans sa faute, avant le paiement intégral du prix, donc au moment où il en avait encore la propriété (3). Quoi qu'il en soit, la dation des arrhes ne jouait, en droit grec, que le rôle d'un moyen de dédit (4).

Le droit grec ne connaissait donc qu'une vente réelle ; la vente à crédit, en principe tout au moins, lui était inconnue (5). Ceci était très gênant, surtout dans un pays où le commerce était en honneur, et la pratique, comme toujours, s'est efforcée d'éluder la

(1) HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, 173.

(2) HAYMANN, *Z. S.-St.* 41, 174 et n° 2.

(3) PARTSCH, *Zeitschrift f. Handelsrecht.* Bd. 70, pp. 483-486.

(4) GRADENWITZ, *Einführung in die Papyruskunde*, p. 82 sq. — BRY, *Essai*, thèse citée, p. 120 sq. — CONTRA, BEAUCHET, IV, 422 sq.

(5) MITTEIS, *Grundzüge*, II, 2, 187.

règle. Ainsi les parties convenaient que la chose serait livrée à l'acheteur à titre précaire, et celui-ci payait, à titre d'arrhes, une partie fort importante du prix (1), par exemple 500 drachmes sur 800.

Il existait aussi une autre combinaison d'une importance capitale pour la question qui nous intéresse. Voici en quoi elle consistait : Le vendeur délivrait à l'acheteur une quittance fictive du prix, et se faisait en même temps reconnaître par un écrit émané de l'acheteur, une dette du même montant (2) ; ainsi, le tour était joué : l'acheteur ayant en apparence payé le prix, devenait propriétaire de la chose au moment même du contrat, et en assumait les risques à ce titre, malgré l'absence possible de la tradition ; le vendeur obtenait, à la place de la chose, une action découlant de la reconnaissance de dette. Les risques étaient donc pour l'acheteur-propriétaire, et cette décision était conforme aux principes et équitable, comme était logique et équitable la solution du droit classique romain, qui faisait supporter les risques par le vendeur jusqu'à la tradition. Chacune d'elles régissait une institution ayant sa physionomie originale.

Les commissaires de Justinien ont consacré dans la compilation le principe du droit grec, qui était d'ailleurs le seul appliqué dans la pratique de leur pays. Seulement, ils n'ont pas réformé toute l'économie de

(1) BRY, *op. cit.* p. 104.

(2) MITTEIS, *Grundzüge* II, 2, p. 187 : « Ausserdem konnte dem Käufer auch sofortige Auflassung erteilt werden, wenn der Verkäufer sich herbeilass, ein bloss fictives Empfangsbekennntnis auszustellen und sich dafür mit einer Schuldverschreibung über den Kaufpreis zu begnügen ». Bibliographie chez Haymann, *Z. S.-St.* 41, 1.3, n. 4.

la vente-romaine (1). Ils ont apporté ainsi dans le droit romain un principe étrange, contraire à l'esprit du droit classique, qui, comme nous le savons, décidait qu'il y a une liaison étroite entre les prestations dérivant d'un contrat synallagmatique.

Cette explication de l'origine du *periculum emptoris* cadre à merveille avec le résultat des travaux de M. Collinet sur le droit de Justinien. Les innovations qu'on rencontre dans la compilation n'ont pas leur source uniquement dans le droit romain de l'Orient ; il faut les rattacher d'une façon plus large au droit vivant de l'Orient, tout entier, romain et hellénique « dans la mesure où les compilateurs jugent bon de s'approprier les institutions, les formes et les règles juridiques existant déjà dans la pratique et l'enseignement de l'Orient pour en faire les lois de l'Empire » (2).

C'est à la première source de l'orientalisme dans la compilation (3), à l'influence directe de l'hellénisme, que se rattache l'introduction par les compilateurs du *periculum emptoris* dans le droit romain.

Seulement, la question se pose de savoir comment s'est exercée cette influence de l'hellénisme sur le droit

(1) D'après PRINGSHEIM, ce sont seulement eux qui ont décidé que la tradition non suivie du paiement du prix ne transfère pas la propriété, conformément, aussi sur ce point, au droit grec. *Op. cit.* p. 50 sq. et 88.

(2) COLLINET, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, I, p. 28.

(3) COLLINET, *op. cit.* p. 29 : « Nous découvrons facilement quatre sources de l'orientalisme dans le droit vivant de l'Orient au VI^e siècle : l'influence directe de l'hellénisme, l'influence du droit romain spécial à l'Orient ou du droit romain hellénisé, la double influence qu'on peut qualifier de « négative », provenant du fait que certaines institutions romaines ne se sont jamais adaptées à l'Orient, et du fait que le temps a amené la désuétude de certaines institutions romaines en Orient et en Orient seulement ».

romain, et comment le droit hellénique a réussi à s'infiltrer dans le droit romain ? On s'est contenté, jusqu'à présent, de dire que cette influence de l'hellénisme s'est exercée par la présence dans les sous-commissions, instituées par Justinien pour préparer le matériel pour le Digeste, de professeurs de l'école de droit de Beyrouth. Les ouvrages à dépouiller pour la confection du Digeste auraient été divisés en trois masses : masse sabinienne, masse édictale et masse papinienne ; les professeurs grecs et commissaires de Justinien, en procédant au dépouillement des ouvrages classiques qui leur étaient confiés et en effectuant les remaniements que Justinien avait recommandé de faire (1), se seraient rappelés leur droit national et auraient consacré quelques-unes de ses règles (2).

Cette explication est à rejeter, ainsi que l'établit M. Collinet, aux conclusions de qui se rallie M. Huvelin. Elle suppose que les compilateurs ont lu tous les ouvrages cités par eux et qu'ils ont effectué tous les changements qui se trouvent dans le Digeste. Or, le délai dans lequel le Digeste a été composé est trop court pour un travail pareil. Les compilateurs n'ont jamais pu lire tous les ouvrages classiques dont les fragments se trouvent dans le Digeste, et ils n'ont pas effectué toutes les interpolations ; il y en a beaucoup qui ont été faites avant eux, et qu'ils se sont bornés à consacrer définitivement (3). La question de la voie

(1) Const. *Tanta*, § 10 : multa et maxima sunt, quæ propter utilitatem rerum transformata sunt.

(2) BLUHME, *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. 4 (1820), pp. 257-472.

(3) HOFMANN, *Die Compilation der Digesten Justinians* (1900).

par laquelle s'est exercée l'influence de l'hellénisme se généralise ainsi et pose à son tour la question de l'origine du Digeste.

Nous ne pouvons pas entrer dans les détails de cette question importante ; elle a été l'objet de travaux très savants déjà publiés ou en cours de préparation. Nous nous bornerons donc à un aperçu sommaire.

Partis de cette prémisse que le délai dans lequel le Digeste a été confectionné était insuffisant pour la lecture de tous les ouvrages classiques, l'extraction des fragments et leur interpolation, quelques auteurs se sont demandé s'il n'existait en Orient une compilation anté-justinienne et dont les compilateurs se seraient inspirés. F. Hofmann (1) croit à l'existence d'un Prédigeste, composé sur l'ordre de Théodose. C'est ce Prédigeste qui aurait servi de base au travail des compilateurs, et c'est ainsi que s'expliquerait la brièveté du temps que les compilateurs ont mis pour terminer leur tâche. Cette explication est purement hypothétique et doit être rejetée (2).

Comme Hofmann, Peters (3) croit aussi à l'existence d'un Prédigeste, dont les compilateurs se seraient inspirés et dont ils auraient fait la base de leur travail. Ce Prédigeste aurait été une œuvre privée, destinée à l'enseignement et composée à Beyrouth, entre 438 et 487.

(1) *Op. cit.*

(2) MOMMSEN, *Z. S.-St.* 22 (1901), pp. 1-11. — KRUEGER, *Z. S.-St.* Bd. 22, pp. 12-49.

(3) *Die oströmische Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten (Berichte, de Leipzig, 1913, pp. 1-113).*

Comme l'explication de Hofmann, la théorie de Peters est à rejeter (1). Néanmoins, les arguments invoqués par Hofmann et Peters contre la théorie de Bluhme restent debout, ainsi que le principe de leur hypothèse d'un recueil d'extraits des textes classiques, dont les compilateurs ont fait la base de leur travail. Puisque ce recueil n'est pas un prétendu Prédigeste, qu'est-ce alors ?

M. Collinet (2) croit que les compilateurs se sont servis, pour la confection du Digeste, des collections des scolies faites en langue grecque, sur les textes des jurisconsultes classiques, par les professeurs de Beyrouth. L'enseignement du droit était très florissant dans cette ville, au v^e siècle. Pour interpréter les textes classiques et les rendre intelligibles à leurs élèves, les professeurs ont fait d'assez longues explications en grec, des scolies. Quels étaient les textes qu'ils ont expliqués ainsi ? Le § 1 de la const *omnem*, qui contient le programme de l'enseignement du droit anté-justinien nous renseigne sur ce point. C'étaient d'abord *Gaii nostri Institutiones*; en second lieu, *libri singulari quatuor* : le premier, *de re uxoria*, le second, *de tutelis*, le troisième et le quatrième *de testamentis et de legatis*, tirés tous les quatre des quatre livres « ad Sabinum » d'Ulpien ; en troisième lieu, *prima pars legum* et la *pars legum de judiciis*, tirées toutes les deux des livres « ad Edictum » d'Ulpien ; en quatrième lieu, il y avait la *pars de rebus*, tirée elle aussi

(1) LENEL, *Z. S.-St.* Bd. 34 (1913), pp. 373-380. — ROTONDI, *Filangieri*, n° de septembre 1913.

(2) La démonstration, promise par M. Collinet, est déjà indiquée dans les résumés des leçons faites par lui en 1921 à l'Université d'Oxford, et de la communication qu'il a présentée au Congrès international des Sciences historiques de Bruxelles (1923).

du commentaire d'Ulpien sur l'édit ; en cinquième lieu, les *responsa* de Papinien (huit livres sur dix-neuf) ; et enfin, en sixième lieu, les *responsa* de Paul. L'explication de ces *sex libri* formait tout l'enseignement du droit. Les professeurs avaient fait des explications méthodiques de ces textes, et, comme nous le montrent les fragments de Sinaï, ils avaient toujours eu soin de renvoyer, à la fin de la scolie, aux autres ouvrages classiques qui n'étaient pas compris dans l'enseignement, pour appuyer leurs explications.

Ce détail est fort important, et voilà pourquoi : lorsque Justinien chargea Tribonien et ses collaborateurs de dépouiller les ouvrages des classiques, d'interpoler les extraits à en tirer et de composer ensuite le Digeste, le travail préliminaire de cette tâche gigantesque était déjà fait par les professeurs de Beyrouth. Les compilateurs se sont réparti entre eux les *sex libri* avec leurs commentaires en grec et les ouvrages classiques originaux (1) ; mais ils n'ont pas commencé leur dépouillement par les originaux classiques ; ils ont commencé par lire le commentaire grec, et lorsqu'ils ont jugé un passage classique commenté digne d'être retenu et d'entrer dans leur recueil, ils l'ont copié et ils ont copié à sa suite tous les autres passages classiques auxquels renvoyait la scolie du premier passage. Une preuve que les compilateurs ont procédé de cette façon, et que c'est bien cette méthode qui a été suivie pour la confection du Digeste, nous

(1) L'hypothèse de Bluhme que les textes ont été répartis en trois masses : sabinienne, édictale et papinienne, devient ainsi en partie exacte, puisque les *sex libri* du § 1 de la const. *omnem* peuvent se diviser logiquement en ces trois groupes : une sous-commission a pu examiner les *libri ad Sabinum*, une autre les *libri ad Edictum* et une troisième les *responsa* de Papinien et les *responsa* de Paul.

est fournie par le § 8 des Fragments de Sinaï (1).

Or nous possédons le texte d'Ulpien commenté dans la scolie ; il forme la l. 3 § 1 Dig. 25, 1 ; suivent ensuite deux fragments, un de Paul, l'autre d'Ulpien, puis vient (l. 6 Dig. 25, 1), le texte de Paul pris au livre sept *ad Sabinum*, auquel renvoie la scolie. Les compilateurs ont donc respecté l'ordre des fragments tel qu'il était indiqué par la scolie ; le fait qu'entre nos deux fragments, indiqués par la scolie des Fragments de Sinaï, se trouvent deux autres textes, prouve seulement que le recueil des scolies, dont se sont servis les compilateurs dans leur travail, était plus complet que le recueil que nous venons de citer, et que les renvois y étaient plus nombreux. Ceci est non seulement vraisemblable, mais c'est certain, d'après ce que nous savons de la grande valeur et de la science des professeurs de Beyrouth (2).

Il est donc aujourd'hui certain que le Digeste a été confectionné à l'aide des scolies des professeurs de Beyrouth. C'est par cette voie que l'influence grecque a le plus pénétré dans le droit de la compilation, et c'est par cette voie que le principe *periculum est*

(1) GIRARD, *Textes* (1913), p. 609.

(2) C'est probablement guidés par les scolies, que les Byzantins ont inséré entre les ll. 13 et 15 Dig. 18,6, de Paul, la l. 14, de Julien. On comprend très bien qu'un professeur, après avoir expliqué pourquoi le risque de la destruction arbitraire par l'édile des lits vendus, arrivée après la tradition, incombe à l'acheteur, ajoute, avant de poursuivre l'explication de l'autre éventualité, que toutefois cet arbitraire n'était pas laissé impuni. Cela prouve même en l'honneur des anciens professeurs qu'ils savaient faire des exposés vivants et qu'ils ne se bornaient pas à un examen monotone et sec. Mais on ne comprend pas qu'un législateur, — et les compilateurs sont des législateurs, — s'amuse à mélanger les sujets, risquant ainsi d'amener la confusion (v. plus haut p. 161 sq.). Les compilateurs n'ont pas pris garde à la maladresse législative qu'ils commettaient en intercalant le fragment de Julien dans le texte de Paul, parce qu'ils se sont laissé guider par la scolie.

emptoris est venu prendre dans les textes classiques la place du principe *periculum est venditoris*. On appliquait, en Orient, le droit romain hellénisé et, en interprétant les textes classiques, les professeurs n'ont pas manqué d'ajouter, lorsqu'ils expliquaient un principe classique qui n'était pas en vigueur dans leur pays, quelque réserve comme *sed alio jure utimur*. Les compilateurs ont cru que le principe des risques du droit grec, qui, nous le répétons, y était à sa place, devait entrer dans la compilation, et ils l'y ont introduit. Ils pouvaient faire cela, puisqu'ils étaient des législateurs, et ils devaient même le faire. Car quoi de plus logique que de mettre la loi d'accord avec la pratique ? Seulement, si le principe *periculum est emptoris* convient à la vente grecque, vente réelle, il ne convient pas à la vente romaine, vente consensuelle, génératrice d'obligations. C'est pour cela que les Byzantins auraient dû réformer toute la législation sur la vente. Ils ont préféré ne pas le faire, pour deux raisons : d'abord parce que la vente consensuelle est un progrès sur la vente réelle ; ensuite et surtout, parce qu'ils ont cru trouver dans l'expédient imaginé par la pratique grecque pour suppléer à la non-existence de la vente à crédit, quelque chose qui corresponde bien à la vente romaine. La courte analyse de cet expédient et ce que nous savons sur la vente classique et l'interdépendance des obligations qui en naissent, nous montrent l'énormité qu'ont commise les compilateurs en appliquant à cette dernière institution les principes de la vente grecque, et les compilateurs en appliquant à la vente romaine un principe qui ne convenait qu'à la vente grecque.

CONCLUSIONS

Nous résumerons les conclusions de cette étude dans les quatre propositions suivantes :

I

La théorie des risques contenue dans le *Corpus juris civilis* est celle qui est résumée par la maxime « *periculum est emptoris* » : dès la perfection du contrat, tous les risques passent à l'acheteur.

II

Le droit classique consacrait la règle contraire : il faisait supporter par le vendeur les conséquences des cas fortuits survenus avant la tradition (*periculum est venditoris*).

III

La théorie de la compilation est en entier l'œuvre des compilateurs.

IV

Les commissaires de Justinien ont emprunté le principe *periculum est emptoris* au droit grec, qui ne connaissait que la vente réelle. Ce principe y était à sa place, puisque, la vente n'étant parfaite que par le paiement du prix et le transfert de la propriété à l'acheteur, il revenait à dire que les risques sont pour le propriétaire.

VU :

Lyon, le 15 Mai 1923.

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE
HUVELIN.

Vu :

Lyon, le 17 Mai 1923.

LE DOYEN,
JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 17 Mai 1923.

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE.
J. CAVALIER.

TABLE DES MATIERES

Introduction	7
CHAPITRE PREMIER. — La Théorie du « <i>periculum rei venditae</i> » dans le droit de la compilation (<i>Periculum est emptoris</i>)	13
Section I. — Cas dans lesquels par suite de la perfection du contrat les risques passent à l'acheteur	18
§ 1. — Vente pure et simple	18
§ 2. — Vente à terme.	19
§ 3. — Vente <i>per aversionem</i>	20
§ 4. — Vente sous condition résolutoire.	23
Section II. — Cas dans lesquels à cause de l'imperfection de la vente les risques restent à la charge du vendeur	34
§ 1. — Vente d'une chose à choisir parmi plusieurs	35
§ 2. — Vente sous alternative	36
§ 3. — Vente où la détermination du prix a été laissée à l'arbitrage d'un tiers	37
§ 4. — Vente sous condition suspensive.	39
§ 5. — Vente <i>ad gustum</i>	41
§ 6. — Vente <i>ad mensuram</i>	51
Appendice. — Les risques dans la vente avec clause pénale	59
Section III. — Exceptions à la règle <i>periculum est emptoris</i>	64
CHAPITRE II. — Les arguments contre la classicité du <i>periculum emptoris</i> et la théorie classique des risques.	67
§ 1. — Impossibilité d'expliquer la coexistence du principe <i>periculum est emptoris</i> , avec le principe de l'interdépendance de la prestation et de la contreprestation, dans les contrats synallagmatiques.	72
§ 2. — Tite-Live lib. XXIII, cap. XLVIII et XLIX	118
§ 3. — La l. 33 Dig. 19,2	122
§ 4. — Les ll. 13-15 Dig. 18,6	160
§ 5. — Autres arguments pour la classicité du <i>periculum venditoris</i>	184
CHAPITRE III. — Preuves de l'interpolation des textes contenant le <i>periculum emptoris</i>	195
CHAPITRE IV. — L'origine de la règle <i>periculum est emptoris</i>	299
Conclusion.	301

Addendum.

M. RABEL a publié dernièrement dans la *Zeitschrift der S.-St.* Bd. 42 (1921), pp. 543-564, un article intitulé : « *Gefahrtragung beim Kauf* » Nous n'avons pu nous procurer ce travail, que lorsque notre manuscrit était remis à l'impression. Le savant professeur pense, que les classiques ne connaissaient pas une théorie *générale* des risques, mais appliquaient, suivant les cas, les deux principes.

Cette théorie est inadmissible et voici pourquoi : Julien et Africain mettent le risque d'éboulement du sol (donc un cas fortuit type) à la charge du vendeur, jusqu'à la tradition.



